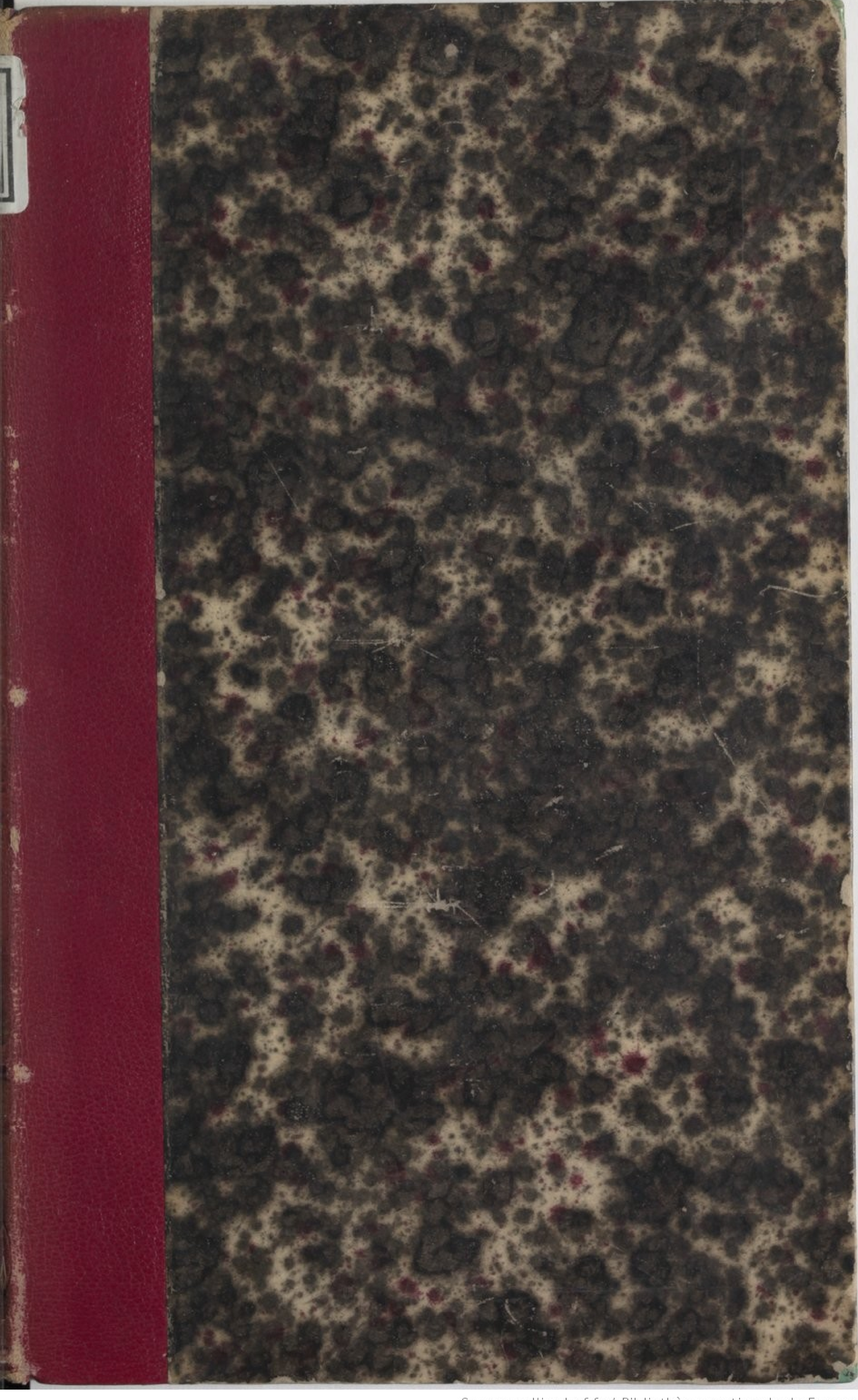
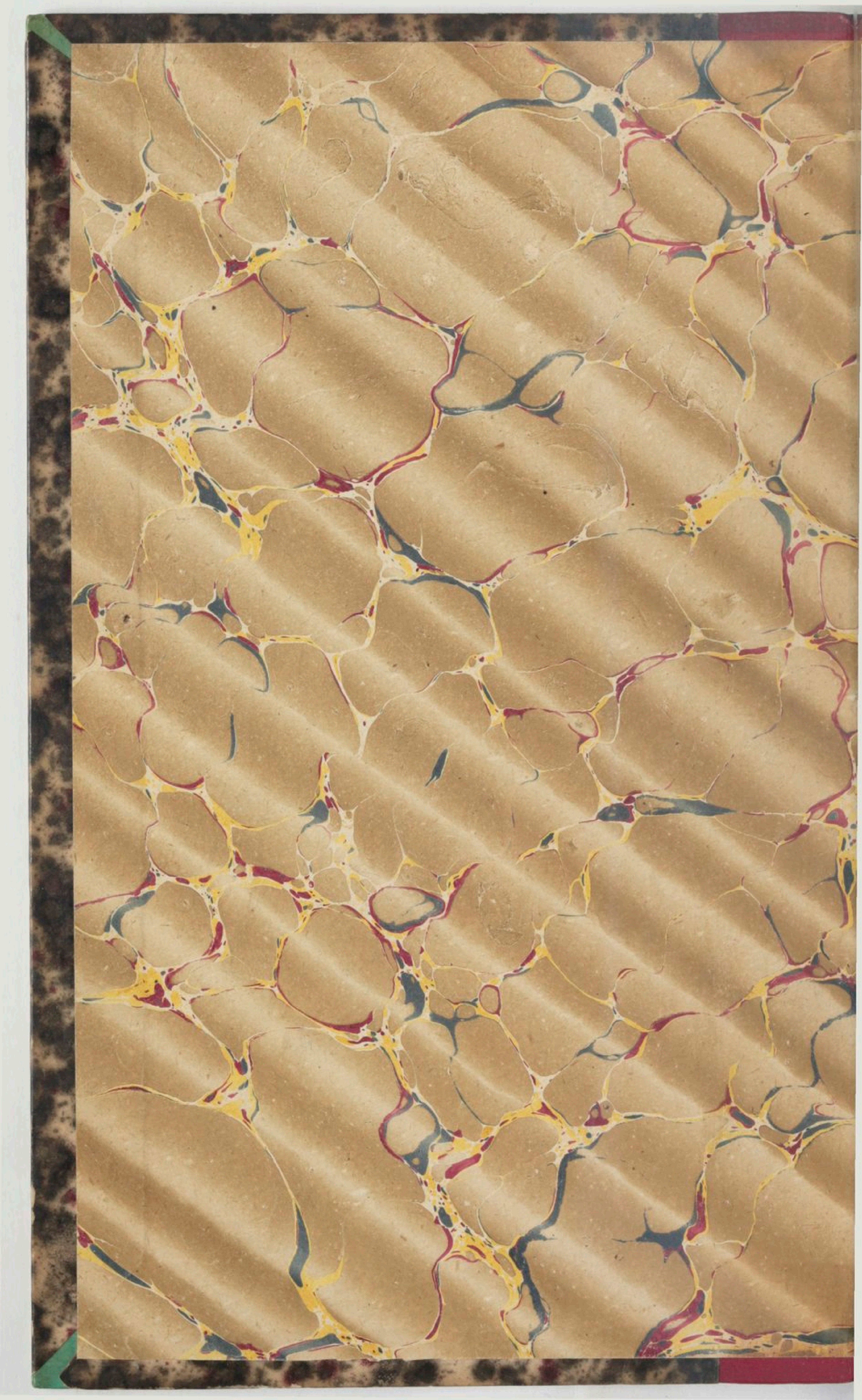
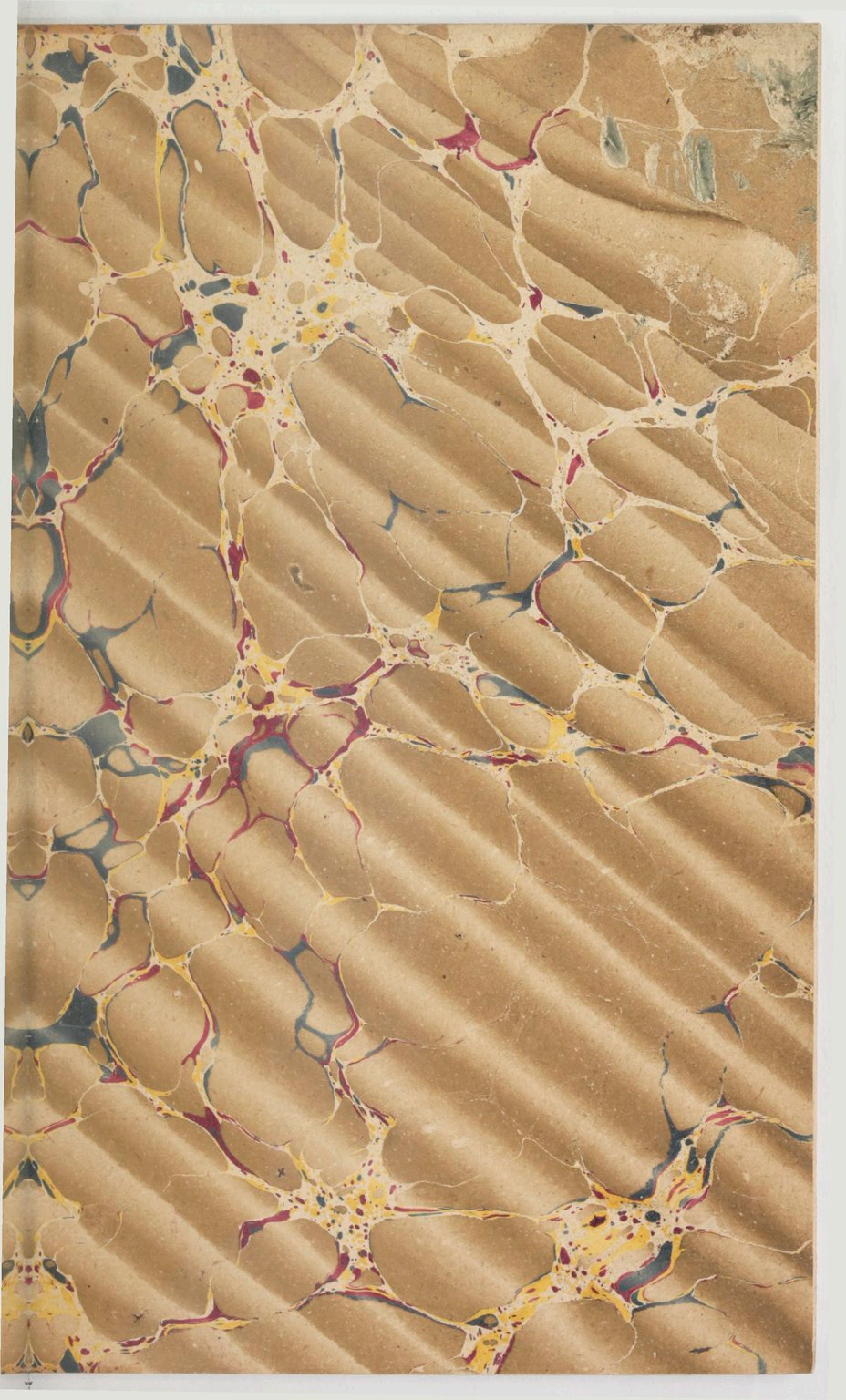


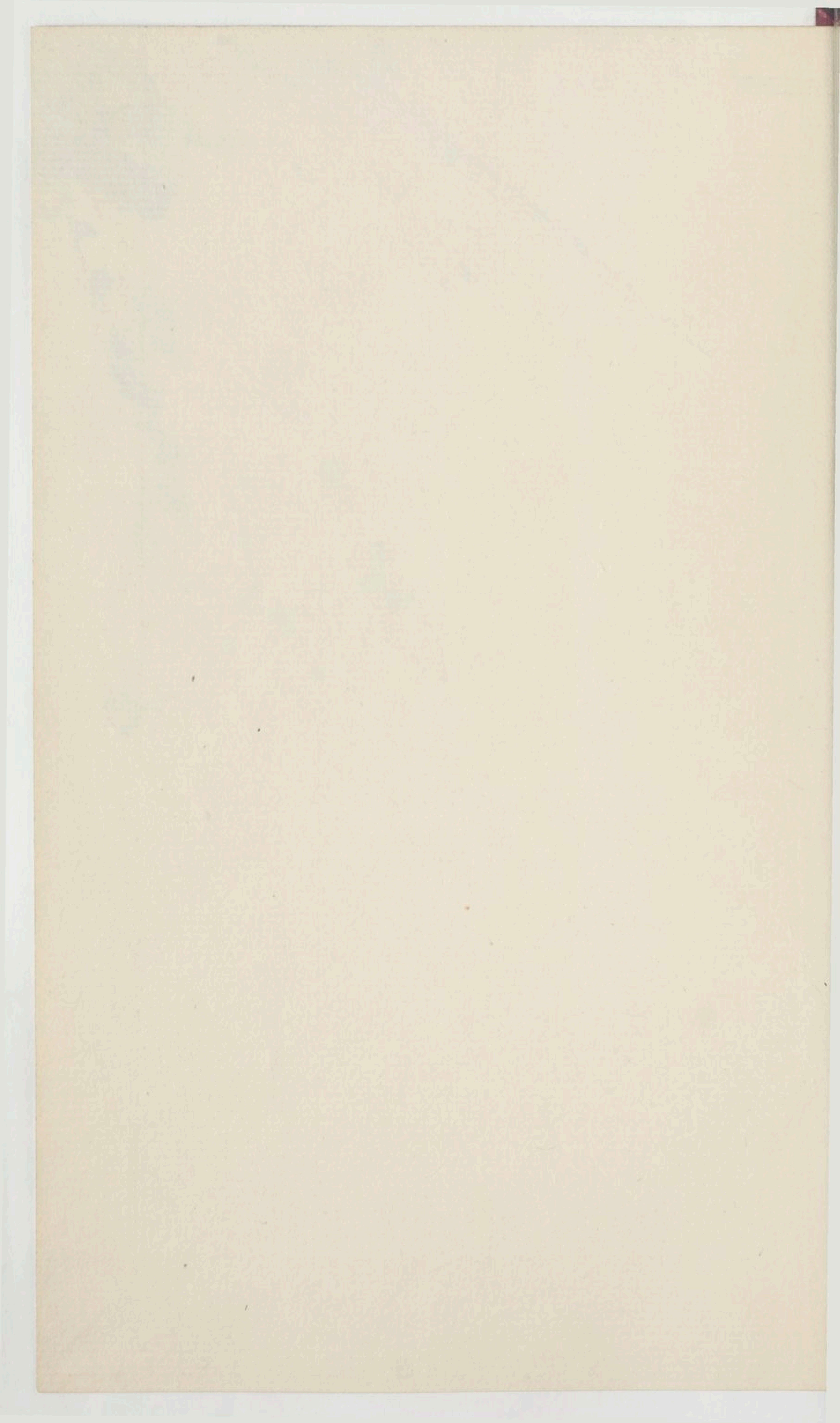
Du Consentement des époux au mariage,... par E. Glasson,...

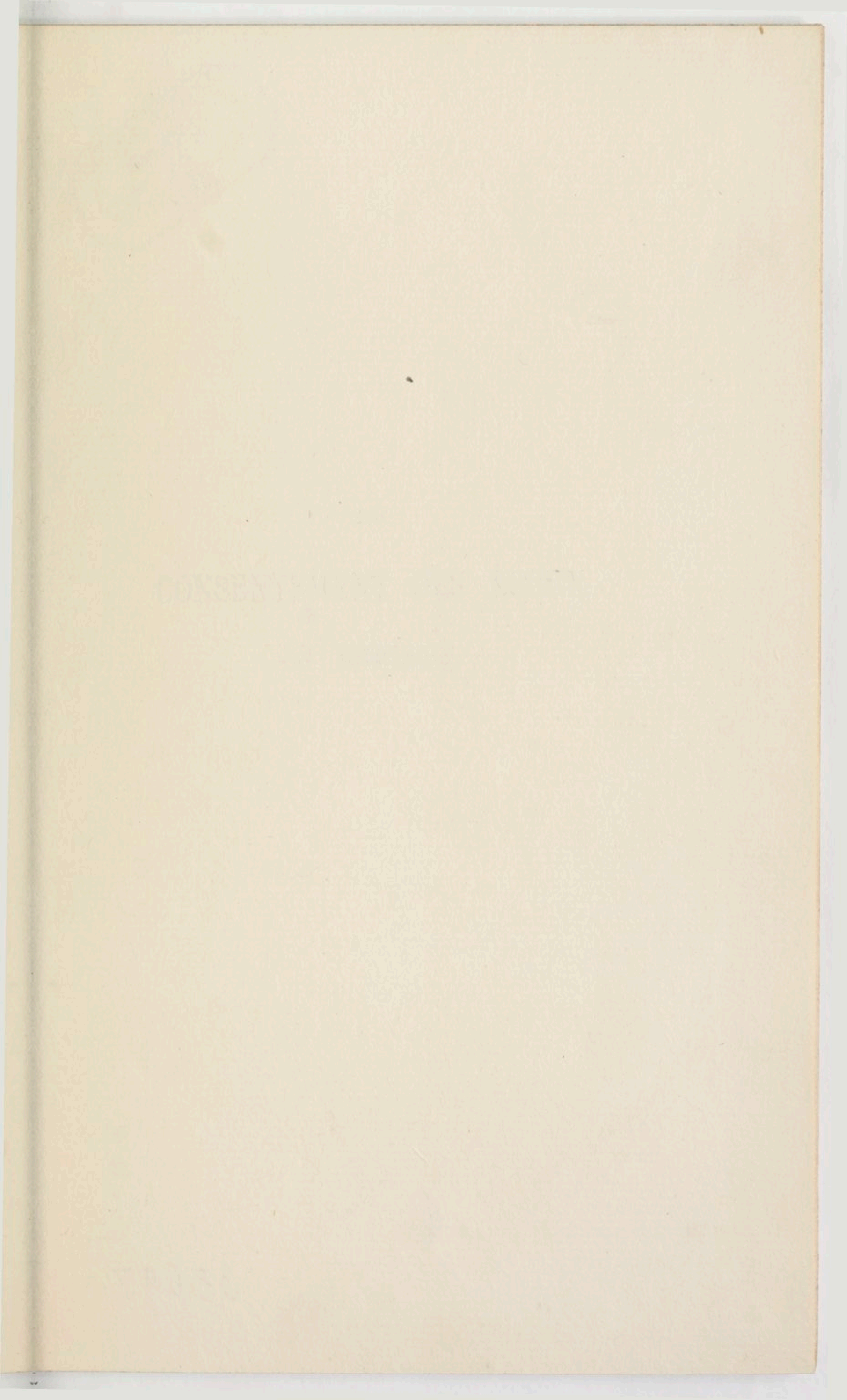














DU

CONSENTEMENT DES ÉPOUX

AU MARIAGE.

NANCY, imprimerie de veuve RAYBOIS.

DU

CONSENTEMENT DES ÉPOUX

AU MARIAGE

D'APRÈS LE DROIT ROMAIN, LE DROIT CANONIQUE,
L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS, LE CODE NAPOLÉON
ET LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

PAR

E. GLASSON,

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

PARIS.

A. DURAND, libraire-éditeur,

9, rue Cujas (ancne. rue des Grès.)

MDCCCLXVI

PREMIÈRE PARTIE.

LÉGISLATIONS ANCIENNES.

DU

CONSENTEMENT DES ÉPOUX AU MARIAGE.

PREMIÈRE PARTIE.

LÉGISLATIONS ANCIENNES.

I. DROIT ROMAIN.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. Conditions nécessaires pour la validité du mariage. — 2. Consentement aux fiançailles. — 3. Le consentement de la *filiafamilias* était-il exigé? — 4. De la crainte révérentielle. — 5. Du cas spécial où le patron pouvait contraindre son affranchie à l'épouser.

1. — Les conditions nécessaires en droit romain pour la validité des justes noces sont au nombre de quatre : 1° la puberté chez l'homme et la nubilité chez la femme ; 2° le consentement des futurs époux ; 3° celui du *paterfamilias* sous la puissance duquel

chacun des futurs époux se trouve et même celui des ascendants intermédiaires sous la puissance desquels pourront tomber, avec leur propre père, les enfants à naître du mariage; 4° le *connubium*, c'est-à-dire la faculté existant entre deux personnes de contracter mariage.

De ces quatre conditions, une seule doit nous occuper : c'est le consentement des futurs époux.

2. — Les justes noces étaient souvent précédées des fiançailles. On exigeait aussi pour cette convention préliminaire le consentement des futurs époux, et même celui des personnes qui exerçaient sur eux la puissance paternelle. Toutefois, s'il est vrai de dire que le fils ne pouvait pas être contraint à se fiancer, il semble qu'il résulte, au contraire, de certains textes que la fille ne pouvait pas se refuser aux fiançailles lorsqu'on lui présentait une personne de sa condition (par ex., L. 12, § 1. *De sponsalibus*. D. 23, 1.). Il ne faudrait pourtant pas attacher une trop grande importance à cette décision, et en conclure que le consentement de la *filiafamilias* n'était pas exigé pour les fiançailles, car le contraire résulte nettement de la Loi 11. *De sponsalibus*, 23. 1 :

Sponsalia sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt, et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet.

Mais c'est une question de fait que celle de savoir dans quels cas la *filiafamilias*, consent, et sous ce rapport on ne se montre pas fort rigoureux ; on

présume qu'elle accepte, par cela seul qu'on lui présente un fiancé de son rang.

3. — On a cependant soutenu que le consentement de la *filiafamilias* n'était pas nécessaire, non-seulement pour les fiançailles, mais même pour le mariage. On a dit que si la loi romaine exige le consentement du *filiusfamilias*, elle ne parle pas de la fille *alieni juris;* le père pourrait dès lors la contraindre à se marier, et certains auteurs ont même affirmé que cette règle était vraie, non-seulement dans le droit primitif, mais aussi à l'époque des jurisconsultes classiques et jusque sous Justinien (cpr : Namur. Cours d'Institutes. I, p. 83).

A l'appui de cette opinion, on invoque surtout les textes où il est dit que le *filiusfamilias* ne peut pas être contraint à se marier.

— *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere*. L. 21. *De ritu nuptiarum*. D. 23. 2.

— *Nec filiumfamilias quidem invitum ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit*. L. 12. *De nuptiis*. C. 5. 4.

On conclut de ces textes qu'il en est autrement de la *filiafamilias*. Enfin, on cite encore la Loi 20. C. *De nuptiis*, où il est dit :

In conjunctione filiarum in sacris positarum, patris expectectur arbitrium. Sed si sui juris puella sit, quintum et vicesimum annum constituta ipsius quoque adsensus exploretur.

Les arguments tirés de ces textes nous paraissent

insuffisants, surtout en présence de la règle générale de la Loi 2. *De ritu nuptiarum*. D. 23. 2, qui, sans distinguer selon qu'il s'agit de personnes *sui juris* ou de personnes *alieni juris*, d'un *filiusfamilias* ou d'une *filiafamilias* déclare d'une manière absolue : *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui..... coeunt*.

Que d'après les principes rigoureux du droit primitif, le *paterfamilias* ait eu le pouvoir de marier ses enfants, surtout ses filles, sans les consulter, c'est, en effet, ce qui nous semble résulter des anciennes rigueurs de la puissance paternelle (cpr : Marezoll. Droit privé des Romains, § 163.). Cet ascendant n'avait-il pas le droit de donner ses enfants *in mancipio?* Ce droit n'implique-t-il pas celui de donner sa fille en mariage?

Mais ce droit disparut de bonheur, à une époque qu'il paraît difficile de déterminer (1). La règle si

(1) Le mariage de la part des femmes a été envisagé de cette manière en général par les peuples anciens; dans certains pays le consentement des femmes n'était pas nécessaire; ainsi, la loi athénienne ne l'exigeait pas. Certains parents avaient le droit de donner en mariage les femmes de leur famille, mais les femmes ne se donnaient pas elles-mêmes. Ces parents étaient : le père; à défaut du père, le frère consanguin; à défaut de frère consanguin, le grand-père paternel. Enfin le mari pouvait lui-même, pour le cas ou il viendrait à prédécéder, désigner à sa femme son second époux. Si les parents de la femme qui avaient le droit de la donner en mariage étaient tous morts, la loi se chargeait de choisir à la jeune fille un époux et elle lui désignait son plus proche parent; dans le cas où celui-ci ne la réclamait pas comme épouse, le droit passait au parent du degré suivant

précise de la Loi 2, reproduite d'une manière non moins formelle dans un grand nombre de textes (cpr : L. 30. *De regulis juris.* D. 50. 16. — L. 6. *De nuptiis.* C. 5. 4.) ne saurait être écartée sous prétexte que d'autres textes parlent seulement du *filiusfamilias.* L'argument *a contrario* ne saurait avoir aucune valeur lorsqu'il ne ramène pas à la règle générale. Au lieu de restreindre ces textes aux fils *alieni juris,* il vaut beaucoup mieux les étendre aux filles; la preuve en résulte bien nettement de la Loi 11. De *sponsalibus.* 23. 1, qui porte :

Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt, et ideo, sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet.

Il nous semble que l'on donne à la Const. 20. *De nuptiis,* un sens tout à fait inexact. On a voulu établir dans cette constitution qu'à l'égard des filles *in sacris positæ* c'est-à-dire en puissance paternelle (1)

et ainsi de suite (cpr sur ce point : Albert Desjardins. Mémoire sur la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens).

(1) *In sacris poni* signifiait faire partie de la famille, être *alieni juris,* parce que les membres d'une même famille civile participaient tous au *sacra privata,* à l'exclusion des émancipés, qui, par la rupture des liens de l'agnation, avaient cessé de faire partie de cette famille, de même on disait *egredi e sacris* pour désigner l'émancipation, être *sui juris.* Cependant ces expressions ne sont pas rigoureusement exactes, car on peut être *sui juris* et faire partie avec d'autres personnes d'une même famille civile. D'un autre côté, ces formules, malgré leur origine païenne, sont employées même par les empereurs chrétiens, comme on en a un exemple dans notre Const. 20.

le consentement du père est toujours nécessaire; mais il n'en résulte nullement qu'on n'exige pas en même temps celui de la fille *alieni juris*.

Enfin, comment prétendre que sous Justinien les *filiæfamilias* peuvent être forcées de se marier, alors que cet empereur, dans la Novelle 115, chap. 3, § 11, range parmi les justes causes d'exhérédation le cas suivant : *Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare, et dotem secundum vires substantiæ suæ pro eo præstare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam eligerit.*

4. — S'il est vrai de dire que, non-seulement sous Justinien, mais déjà longtemps auparavant, le consentement du *paterfamilias* ne suffit pas et qu'on exige aussi celui du fils ou de la fille *alieni juris*, il faut toutefois reconnaître que la volonté du père pouvait être d'une grande influence. Celui-ci pouvait désigner à son fils ou à sa fille la personne qu'il entendait lui donner pour épouse ou pour époux, et par cela seul que le fils ou la fille ne résistait pas, il était censé consentir : autrement dit, la simple crainte révérentielle n'empêchait pas le mariage d'être valable.

Si, patre cogente, ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur ; maluisse hoc videtur. L. 22. De ritu nuptiarum. D. 23,2.

5. — La liberté du consentement comportait une restriction bien plus importante à l'égard des fem-

mes affranchies (1). Tant que les affranchies furent soumises à la tutelle légitime du patron, il leur fallut le consentement de ce patron pour contracter mariage (2) (Ulp. Reg. tit. 11. § 22) ; c'était, du reste, une obligation commune à toutes les femmes ; il fallait aussi aux ingénues en tutelle le consentement de leurs tuteurs (Cicéron. *Pro Flacco*, c. 34) : Mais il est un cas où le consentement au mariage n'était pas exigé de la femme affranchie : c'est ce qui avait lieu quand le patron lui avait donné la liberté précisément dans le but de l'épouser (3).

(1) L'homme affranchi eut toujours le droit de se marier librement, sans le consentement de son patron ; celui-ci n'avait pas même le droit de lui faire jurer en l'affranchissant qu'il garderait le célibat ; s'il était intervenu un semblable serment, la loi Julia en déliait l'affranchi et le patron était privé à titre de peine de ses droits de patronage. Cette privation des droits de patronage n'était pas encourue quand l'affranchi était castrat, parce qu'en effet un semblable serment ne pouvait paraître rigoureux de la part d'un homme qui n'avait pas le connubium. L. 6. cpr, § 2, § 4, L. 15. *De jure patronat.* 37. 14. — L. 3. § 6. *De suis et legitimis hered.* 38. 16 ; cpr aussi § 5 de cette même loi. Il résulte de ces textes que le patron ne pouvait pas non plus exiger un semblable serment de ses affranchies, au risque d'encourir les mêmes peines.

(2) Ce consentement libérait en général les affranchies de l'obligation aux *operæ* (L. 4. L. 30, § 1. L. 48 pr. § 1 et 2. *De operis libert.* 38. 1. — Const. 11. *De operis libert.* C. 6. 3. Const. 2. *De obseq. patron.* 6. 6.

(3) C'était là aussi une des justes causes d'affranchissement pour les maîtres mineurs de 20 ans, d'après la loi *Ælia Sentia.* (§ 4 et 5. J. *Qui et ex quib. causis manumitt.* 1. 6.)

Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest, quod et Ateius Capito consulatu suo fertur dicrevisse ; hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat (L. 28 et 29. D. *De ritu nuptiarum*, 23. 2.).

Il importe de bien préciser le sens de cette règle rigoureuse. Il est bien certain qu'elle s'applique seulement au cas tout spécial d'un affranchissement *matrimonii causa ;* dans tous les autres cas, le patron ne peut jamais contraindre son affranchie à l'épouser, et celle-ci a même le droit de rompre les fiançailles qu'elle a contractées avec lui (L. 28. L. 45, § 4. D. *De ritu nuptiarum*. 23. 2.). D'un autre côté, même dans l'hyphothèse de la loi 29, il nous semble d'autant plus difficile de prendre à la lettre la décision d'Ulpien, que l'affranchie, contrainte à s'unir à son patron, aurait toujours le moyen de briser les liens qui l'enchaîneraient malgré elle au moyen du divorce. L'affranchie avait, en effet, le droit de divorcer, même contre le gré de son patron qu'elle avait épousé ; seulement dans ce cas, d'après la Loi Julia, cette femme ne pouvait devenir l'épouse ou la concubine d'un autre, tant que le patron n'avait pas consenti au divorce (L. 11. pr. *De Divort*. D. 24. 2 *L. un.* § 1. *Unde vir et uxor*. 38. 11.). Il est probable qu'Ulpien dans la Loi 29 n'a pas non plus voulu dire autre chose : quand un patron a affranchi une esclave dans le but de l'épouser, celle-ci ne peut pas se refuser au mariage, en ce sens que dans le cas où

elle ne consentirait pas, elle serait incapable d'épouser un autre que son patron ; mais on ne saurait aller plus loin et décider qu'elle peut être contrainte par la violence à épouser son *manumissor ;* une semblable règle serait d'autant plus injuste que la femme pourrait s'y soustraire immédiatement par le divorce. Ainsi entendue, la Loi 29 n'en contient pas moins une restriction fort remarquable au principe de la liberté du consentement ; car si l'on ne peut pas forcer directement l'affranchie à épouser son patron, elle y est cependant contrainte indirectement dans la plupart des cas par la menace d'un célibat perpétuel ou au moins fort long.

Cette interprétation n'est pas une pure conjecture ; elle nous paraît confirmée par la Loi 51. *De ritu nuptiarum* où le jurisconsulte Licinius Rufinus nous dit :

Matrimionii causa ancilla manumissa, a nullo alio uxor duci potest, quam a quo manumissa est, nisi patronus matrimonio ejus renuntiaverit. Telle a aussi été, selon nous, la pensée d'Ulpien dans la Loi 29.

CHAPITRE II.

DES FORMES DU MARIAGE ET, EN PARTICULIER, DU CONSENTEMENT.

6. Mariage par *confarreatio*. — 7. Mariage par *coemptio*. — 8. Mariage purement consensuel. — 9. Du consentement dans les fiançailles.

6. — Les formes du consentement varient suivant qu'il s'agit d'un mariage avec *manus* ou d'un mariage sans *manus*.

Le mariage avec *manus* exige certaines formalités qui consistent dans la *confarreatio* ou la *coemptio* (1).

La *confarreatio* est certainement le mode le plus ancien de contracter mariage ; elle se rattache aux croyances religieuses primitives de l'antiquité, au culte du foyer ; aussi la rencontre-t-on, sauf quelques différences dans les détails, non pas seulement à Rome (2), mais chez tous les peuples anciens, de

(1) La *manus* pouvait encore résulter de *l'usus*.

(2) *In sacris*, dit Pline, *nihil religiosius confarreationis vinculo erat.*

la race indo-européenne, chez les Etrusques par exemple (Varron. *De re rustica*. II. 4.), chez les anciens Hindous dans les lois de Manou (cpr : Fustel de Coulanges. La cité antique, p. 49).

A Rome, la *confarreatio* produisait comme la *coemptio*, *manus* au profit du mari ; aussi cet effet n'était-il pas son caractère particulier. Cette solennité était, avant tout, une cérémonie religieuse, et elle produisait un résultat remarquable, à l'exclusion du mariage par *coemptio* : les enfants issus d'une union par *confarreatio* étaient seuls capables de remplir certaines fonctions sacerdotales, celles de *flamines majores*, c'est-à-dire de flamines de Jupiter, de Mars et de Quirinus. Cela nous explique comment il se faisait que cette cérémonie religieuse était encore pratiquée par les patriciens à une époque où on ne l'employait plus comme moyen ordinaire de produire la *manus* (Demangeat, I, p. 322).

La *confarreatio* consistait dans certaines cérémonies religieuses et dans la prononciation de paroles sacramentelles, en présence de dix témoins ; la solennité était présidée par le grand Pontife et le flamine de Jupiter. Nous ignorons quels étaient ces témoins, quelles étaient ces paroles sacramentelles ; mais à l'aide de renseignements puisés dans les anciens auteurs, on est parvenu à reconstituer, d'une manière plus ou moins exacte, l'ensemble de cette cérémonie religieuse. Hase, *de manu juris Romani antiquioris* nous en donne la description sui-

vante : « *Solemnitas maxime in eo posita fuit, ut fruges et mola salsa adhiberentur, quæ nomine farris sive farrei sc. panis vero in omnibus fere solemnibus veterum sacrificiis obvenit. Præfuerunt cæremoniis Pontifex Maximus et Flamen Dialis qui more solemni conjuges conjungebant : sponsus ipse cum sponsa in sellis superinjecta ovis pelle, quæ hostia fuerat, et velatis capitibus resedebat. Adhibebantur et aqua et ignis tanquam duo elementa quibus natura conjuncta habeatur, subsequebatur dextrarum conjunctio, totamque solemnitatem nullis infaustis ominibus ad finem perduci necesse erat, unde intercedens tonitru confarreationes dirimebat.* » Le sens de ces rites religieux nous échappe complétement ; on en est réduit à des conjectures plus ou moins vagues ; ainsi rien ne nous dit que le feu et l'eau figuraient dans cette cérémonie comme pour prendre la nature entière à témoin par la représentation de ses principaux éléments ; ne s'agissait-il pas plutôt de l'eau lustrale et le feu n'était-il pas l'emblême de la divinité la plus ancienne, source des religions païennes ?

Toutes ces formes compliquées de mariage par *confarreatio* étaient exigées à peine de nullité ; cette rigueur n'était pas sans présenter de graves inconvénients. D'un autre côté, le *paterfamilias* finit par renoncer difficilement à la puissance sur sa fille, et les femmes *sui juris* voulurent conserver cette qualité. Aussi le mariage par *confarreatio*, vers la fin de

la république et surtout au commencement de l'empire, tomba-t-il peu à peu en désuétude ; le recrutement des citoyens chargés des fonctions sacerdotales de *flamines majores* devint même si difficile, qu'on fut obligé de faire une loi sous le règne de Tibère ; il fut établi par cette loi que la *confarreatio* n'attribuait plus la *manus* au mari et produirait seulement ses anciens effets religieux (1) (Tacite. Annales IV. 16. Gaius I, 136.). Ainsi réduite, la *confarreatio* existait encore au temps de Gaius et elle subsista probablement tant que le paganisme fut religion de l'Etat.

7. — La seconde forme de mariage avec *manus*, d'une époque plus récente, est la *coemptio* ; ce n'est plus le caractère religieux, mais le caractère civil qui domine dans cette seconde espèce de mariage ; il s'agit avant tout d'une opération civile, d'une sorte d'aliénation. La *coemptio* n'en produit pas moins de grands effets au point de vue religieux ; par celà même que la femme entre dans la famille de son mari, il n'y a pas seulement communauté d'existence, mais aussi de culte domestique. Toutefois ce

(1) Quand les époux *confarreati* voulaient divorcer, il fallait une cérémonie religieuse, opposée à la première et appelée *diffarreatio;* les deux époux se réunissaient pour la dernière fois en présence de prêtres et de témoins ; on leur offrait un gâteau de farine, mais il est probable qu'au lieu de l'accepter ils le refusaient, puis ils prononçaient des formules religieuses étranges, effrayantes (cpr : Festus v° *Diffarreatio* — Plutarque. *Quest. rom.* 50.).

dernier effet est considéré comme accessoire, preuve évidente que la *coemptio* date d'une époque plus récente que la *confarreatio* et à laquelle les croyances religieuses commencent à s'affaiblir sensiblement.

La *coemptio* avait lieu au moyen d'une *mancipatio* c'est-à-dire d'un mode fictif de translation de propriété en présence d'un *libripens* et de cinq témoins pubères et citoyens romains (Gaius. I., § 113.). Gaius nous dit que la vente se faisait entre les deux futurs époux et ne nous parle pas de la présence d'autres personnes ; mais il est évident que, sur ce point, il est incomplet et suppose une *coemptio* entre deux personnes *sui juris*. Quand la femme était *filiafamilias*, celui sous la puissance duquel elle se trouvait jouait le rôle de vendeur ; elle ne se vendait elle-même qu'autant qu'elle était *sui juris*, et même il fallait dans ce cas, à l'époque de la tutelle perpétuelle des femmes, l'*auctoritas* de ses tuteurs, car par cette *mancipatio* la tutelle allait finir et la femme changer de famille civile. De même, il n'est pas douteux que si le futur mari était *alieni juris* (1) son

(1) Il résulte nettement du § 148 du com. 1 de Gaius qu'un *filiusfamilias* peut avoir la *manus*, laquelle a pour effet de donner en même temps au *paterfamilias* l'exercice de la puissance paternelle sur la femme de son fils : *Uxori quæ in manu est*, dit Gaius, *proinde ac filiæ, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest*. A la mort du *paterfamilias*, le fils devenu lui-même *sui juris*, exerce personnellement cette puissance sur sa femme. — On peut se demander comment il se fait que Gaius dise qu'on peut nommer un tuteur *nurui quæ*

paterfamilias intervenait aussi dans la *coemptio* puisqu'il allait par l'intermédiaire de son fils acquérir des droits de famille sur cette femme (1).

La formule de la *mancipatio* subissait une légère modification dans le cas de la *coemptio* d'une femme. Lorsqu'il s'agissait d'acquérir le *dominium* sur un esclave ou le *mancipium* sur un homme libre, les paroles employées étaient les mêmes dans les deux cas : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc œre œneaque libra* (Gaius, I. 119 et 123) ; mais si l'on avait prononcé les même paroles dans le cas de mariage, en réalité la femme aurait été *quasi serva* et non pas *quasi filia*. Aussi Gaius nous apprend qu'on avait imaginé une

in filii manu est, puisqu'il est de règle qu'un *paterfamilias* ne peut nommer un tuteur aux petits-fils ou aux petites-filles qu'autant qu'à sa mort ils deviendront *sui juris*? (Gaius I, § 146.) Gaius suppose nécessairement le cas où cette femme *in manu filii alieni juris* deviendra cependant *sui juris* par la mort du *paterfamilias*, ce qui aura lieu si dans l'intervalle de la nomination du tuteur par testament et la mort du *paterfamilias* le fils est lui-même déjà mort ou a été émancipé. Il résulte de là qu'une *capitis diminutio* fait perdre au *filiusfamilias* la *manus*, et c'est d'ailleurs la conséquence forcée de la rupture des liens d'agnation.

(1) L'intervention des tuteurs de la femme résulte nettement d'un passage de Cicéron : « *In manum, inquit, convenerat ; nunc audio : sed quæro usu an coemptione ? usu non potuit ; nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate diminui... coemptione ? omnibus ergo auctoribus...* (*Pro Flacco*, 34. cpr Gaius, I, § 195.) : Pour le cas où il s'agit d'une *filiafamilias*, voy. *Collatio legum Mos.* IV. 2, § 3 ; IV. 7.).

formule particulière, mais son manuscrit est illisible à l'endroit où il la rapporte (Gaius. I, § 123). Les paroles prononcées par le mari étaient probablement les suivantes : *Hanc ego ex jure Quiritium matremfamiliam meam esse aio eaque mihi empta est hoc œre œneaque libra*. La femme ou son *paterfamilias* recevait alors du mari une pièce d'airain à titre de prix.

On a soutenu, en s'aidant d'un texte de Boëce, que cette formule était elle-même précédée de certaines interrogations et réponses de la part du mari et de la femme. Le mari aurait dit : *Visne tu mihi ex jure Quiritium materfamilias esse, et ubi ego Gaius, tu Gaia sies?* et la femme aurait répondu : *Volo* ; puis, prenant à son tour la parole, elle aurait fait au mari la même question et reçu la même réponse (Boëce, Com. des Topiques de Cicéron). Nous pensons que ces paroles étaient complétement étrangères à la *mancipatio* ; elles étaient probablement employées dans les cérémonies qui accompagnaient le mariage et provenaient des anciens rites religieux.

De même, on a pensé que la *coemptio* ne consistait pas seulement dans la vente de la femme au mari, mais aussi dans une vente réciproque que le mari faisait de sa personne à sa femme. On invoque toujours le même texte de Boëce qui porte : « *Coemptio certis solennitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem, interrogabant vir ita : an sibi mulier materfamilias esse vellet : ille respondebat velle. Item mulier*

interrogabat an vir sibi paterfamilias esse vellet : ille respondebat velle. Itaque mulier in viri conveniebat manum et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem et erat mulier materfamilias viro loco filiæ. » On rapproche de ce passage un texte de Plutarque extrait de ses Questions romaines et qui renferme la formule : *ubi tu Gaius, ego Gaia* ; et enfin on cite un passage de Nonius où il est dit que la femme donnait un as à son mari *emendi causa*, c'est-à-dire comme prix d'achat de son mari : « *Veteri lege Romana, asses tres ad maritum veniens solebat afferre* (*mulier*) ; *atque unum quem in manu tenebat tanquam emendi causa marito dare ; alterum, quem in pede habebat, in foco larium familiarium ponere ; tertium in sacciperio quem condiderat, compito vicinali solere resonare* (*De propr.* serm. XII. 50.).

Mais il résulte de ces textes eux-mêmes que ces cérémonies étaient purement coutumières et n'avaient aucun caractère légal ; d'ailleurs le silence de Gaius sur ces points en est la meilleure preuve ; il faut ajouter foi plutôt à ce jurisconsulte qu'à des auteurs qui connaissaient bien imparfaitement les anciennes institutions juridiques de Rome. Or Gaius nous représente la *coemptio* sous la forme d'une *mancipatio* ordinaire, avec une modification légère dans la formule (Gaius I. 123).

8. — Après avoir définitivement consacré le mariage civil par *coemptio* à côté du mariage religieux par *confarreatio*, on alla encore plus loin : pour

adoucir les effets de ces deux formes de mariage, les seules que reconnût la loi, on décida que la *manus* pourrait s'acquérir aussi par une véritable usucapion d'une année (*usus*) ; le pouvoir du mari ne naissait plus immédiatement ; mais seulement après une cohabitation continuée pendant un certain temps sans interruption ; on poussa l'assimilation entre l'acquisition d'une chose et celle de la *manus* par l'*usucapio* au point de reconnaître que la femme aurait le droit de l'empêcher de se réaliser au moyen d'une véritable interruption de possession (*trinoctium*) ; le législateur prêta ainsi la main à l'affaiblissement des anciens droits rigoureux du mari ; et l'on arriva naturellement à l'idée d'un mariage purement consensuel sans *manus*, conservant à la femme sa liberté, lorsqu'elle était *sui juris*, au *paterfamilias* la puissance paternelle sur sa fille si elle était *alieni juris* (1).

Dans le cas d'un mariage libre, il n'existait pas comme pour la *coemptio* et la *confarreatio* de formules sacramentelles ; en cas de doute sur l'intention des parties, c'était au magistrat à examiner en

(1) Il faut toutefois reconnaître que cette indication du développement successif des trois formes des justes noces est une pure conjecture qui même se rapporte aux temps antérieurs à la loi des XII Tables. Gaius nous apprend, en effet, que cette loi s'occupait de l'acquisition de la *manus* par l'*usus* (I, § 111). L'*usus* suppose l'existence préalable d'un mariage *consensu* ; dès lors on doit conclure de ce texte que le mariage consensuel existait déjà à l'époque des XII Tables.

fait si les paroles des parties, jointes aux circonstances qui les avaient accompagnées, indiquaient l'intention de contracter mariage ou seulement de se fiancer ou même n'impliquaient aucun engagement. Ainsi, les expressions : *es mihi — es maritus — capio te in maritum — capio te in uxorem,* prouvaient qu'on voulait se marier ; au contraire, lorsqu'on disait : *volo tecum contrahere matrimonium,* on laissait supposer qu'il s'agissait plutôt et seulement des fiançailles ; enfin, la formule « *non habebo aliam uxorem nisi te,* » n'établissait ni l'intention de se marier, ni celle de contracter des fiançailles, car elle était faite sous la condition : *si duxero uxorem.*

Il n'était même pas nécessaire que le consentement fût exprès ; il pouvait n'être que tacite ; ainsi la cohabitation faisait présumer le consentement au mariage (L. 24. *De ritu nuptiarum.* D. 23. 2.).

Mais il fallait que le consentement fût sérieux : *simulatæ nuptiæ nullius momenti sunt.* L. 30. *De ritu nuptiarum.* D. 23. 2.

9. — Nous ne terminerons pas ce chapitre sans dire deux mots de la forme du consentement dans les fiançailles.

Dans l'ancien droit, on employait pour former les fiançailles la formule essentiellement romaine de la stipulation : *Spondesne mihi aut illi uxorem futuram? Spondeo.* (L. 2. *De sponsalibus.* D. 23.1 — *Gellius.* Lib. 4 *Noct. attic.* cap. 4. — *Plautus in Curcul,* act. V, scen. 2.) Tant que l'on n'avait pas

prononcé ces paroles, il n'y avait pas fiançailles, mais simples promesses ne produisant aucun effet civil. « *Primum*, dit Gronovius sur Aulu-Gelle, *virgo sperata dicebatur ; quum conventa erat conditio, pacta ; ubi interpositæ stipulationes, sponsa* (1). »

Vers le septième siècle de Rome on n'exigea plus l'emploi de ces formules et l'on put manifester son consentement d'une manière quelconque, expressément ou tacitement, par paroles ou par écrit, en personne ou *per nuntium* (L. 4. pr. § 1. L. 7. pr. et § 1. L. 18. *De sponsalibus* 23. 1.). Nous avons même vu que l'absence d'opposition implique consentement (L. 12. h. t.) (2).

(1) De l'emploi de cette formule viennent les mots *sponsalia*, *sponsus*, *sponsa* employés pour désigner les fiançailles, le fiancé, la fiancée.

(2) Il faut aussi le consentement de la personne sous la puissance de laquelle on se trouve ; mais ce consentement peut être tacite (L. 7. § 1 .h. t.).

CHAPITRE III.

DES PERSONNES INCAPABLES DE MANIFESTER UN CONSENTEMENT VALABLE.

10. De l'aliéné. — 11. Du sourd et du muet. Peuvent-ils se marier ? contracter des fiançailles ?

10. — De ce que le consentement est nécessaire au mariage, il résulte forcément que ceux qui ne peuvent consentir ou manifester leur volonté sont incapables de contracter mariage, lors même qu'ils réuniraient toutes les autres conditions prescrites par la loi. Ainsi, l'aliéné ne saurait se marier, à moins qu'il ne se trouve dans un intervalle lucide ; mais si la folie empêche le mariage de se former elle n'annulle pas celui qui a été valablement contracté à une époque où l'insensé était encore en possession de sa raison.

Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit (L. 16. § 2. *De ritu nupt. D.*).

11. — Les sourds et les muets peuvent, au contraire, valablement contracter mariage. Sans doute

ils sont incapables de passer les contrats qui exigent la prononciation de certaines formules, comme la stipulation par exemple ; car les sourds ne peuvent entendre ces paroles et les muets les prononcer. Mais par cela même que dans les aillances purement consensuelles il suffisait de manifester sa volonté d'une manière quelconque (L. 73. *De jure dotium.* D. 23. 3.), on doit admettre que les sourds et les muets peuvent contracter de semblables unions. « *In mutis,* dit Quintilien, *nutus pro sermone est.* » Au contraire le mariage par *coemptio* ou par *confarreatio* leur est interdit (arg. du § 13, tit. 20 *De testamentis,* des Règles d'Ulpien). De même si les fiançailles leur sont permises du temps des jurisconsultes, il faut décider que dans l'ancien droit ils ne pouvaient les contracter, par cela même qu'il fallait, comme nous l'apprend Aulu-Gelle, prononcer et entendre les paroles d'une véritable stipulation (cpr : L. 1. D. *verb. oblig.* 45, 1. — L. 1. *in fine. De oblig. et act.* 44. 7).

CHAPITRE IV.

DES VICES DU CONSENTEMENT.

12. Généralités. — 13. De la violence. — 14. Du rapt. — 15. De l'erreur ou du dol. En droit romain connaissait-on les actions en nullité pour vice de consentement?

12. — Nous venons de voir, dans le chapitre précédent, que le mariage suppose la capacité physique de manifester son consentement. Mais cela ne suffit pas encore pour que le mariage soit valable : il faut de plus que le consentement ait été librement donné et en connaissance de cause. Si le consentement a été entaché d'un vice, comme par exemple, d'une erreur, d'une violence, le mariage n'a pas été valablement contracté, pourvu toutefois, que ce vice ait été exclusif du consentement, et, d'un autre côté, qu'après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, la cohabitation n'ait pas continué; le consentement pouvant, en effet, se manifester d'une manière quelconque, la continuation volontaire de la cohabitation entraînerait ratification du mariage.

13. — A l'égard de la violence, les textes sont formels pour déclarer qu'elle est un obstacle à la validité du mariage (L. 21. *De ritu nuptiarum* 23. 2. — Const. 14. *De nuptiis* 5. 4.). Mais il est bien évident que la violence doit être sérieuse, réelle et non pas chimérique. Dans ces circonstances, elle vicie le consentement, même lorsqu'elle provient du *paterfamilias*. Au contraire, la simple crainte révérentielle qu'un ascendant inspire à ses descendants, un tuteur à son pupille, ne s'oppose pas à la validité du mariage (L. 22. *De ritu nuptiarum*, 23. 2.). Ce sont précisément les textes dans lesquels on suppose une crainte purement révérentielle de la fille, qui ont induit en erreur les auteurs dans l'opinion desquels son consentement au mariage n'est pas nécessaire : c'est aussi de cette manière que nous expliquons la différence apparente que les textes semblent indiquer, pour les fiançailles, entre le fils et la fille (cpr : L. 12 et 13. *De sponsalibus*, 23. 1.). Mais, nous l'avons déjà dit, on ne saurait admettre que le père avait le droit de violenter sa fille (1).

14. — La violence prend dans un certain cas le nom de rapt. Il n'est pas douteux que le mariage auquel consent une femme enlevée par violence n'est pas valable. Mais, à partir des empereurs chré-

(1) *Nuptiarum non omnis potestas in patre est* (Térence. Andrienne.) — *Nusquam libertas tam necessaria quam in matrimonio est. Quis enim amare alieno arbitrio potest?* (Quintilien. Déclam. 257.)

tiens, le rapt produit, en outre, des effets nouveaux. On a prétendu qu'auparavant, non-seulement le mariage n'était pas prohibé entre le ravisseur et la personne ravie, mais qu'il était même ordonné par la loi comme seule réparation efficace (cpr: *Collatio leg. Mos. et Rom.* tit. 4, c. 1, § 2). Mais cette conjecture ne nous paraît pas sérieuse. Ce qui est certain, c'est qu'à partir de Constantin, sous l'influence des idées chrétiennes, le mariage fut formellement prohibé entre le ravisseur et la jeune fille ravie, même dans le cas où celle-ci aurait consenti à son enlèvement. Les peines les plus affreuses furent prononcées contre le ravisseur, contre la jeune fille qui n'aurait pas opposé une résistance sérieuse, contre les complices du rapt, contre les parents de la victime qui auraient gardé le silence au lieu d'accuser le coupable (Const. 1. *De raptu virg.* C. Th. 9. 24.).

Constance maintint l'empêchement au mariage résultant du rapt ; il étendit même la disposition de son père, qui avait seulement prévu le cas d'enlèvement d'une jeune fille, et décida que les effets du rapt seraient les mêmes lorsqu'il aurait porté sur une femme veuve ou sur une religieuse (Const. 2. *De raptu virg.* C. Th. 9. 24.). Constance adoucit toutefois les peines cruelles établies par son père. L'empereur Gratien entra dans la même voie, en décrétant qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans, on ne pourrait plus commencer l'accusation pour cause de rapt, ni attaquer le mariage qui au-

rait été contracté entre le ravisseur et la personne ravie (Const. 3. *De raptu virg.* C. Th. 9. 24.).

Mais Justinien redoubla de rigueur contre le rapt: il abolit cette prescription de cinq ans et établit que l'empêchement de mariage serait perpétuel, même dans le cas où le ravisseur aurait été le fiancé de la personne enlevée ; enfin, il prononça les peines les plus rigoureuses contre ce crime (Const. 54. *De episc. et clericis.* 1. 13. — Const. un. *De raptu virg.* 9. 13. — Nov. 123, ch. 43. — Nov. 140. — Nov. 143. — cpr : Nov. 35 de Léon.).

15. — En ce qui concerne l'erreur, toutes les fois qu'elle exclut le consentement, elle empêche le mariage d'être valable; tel est le cas d'une erreur sur la personne. Mais l'erreur sur une simple qualité accidentelle, par exemple sur le nom, ne saurait être considérée comme suffisante ; de même le mariage est valable quand on épouse une femme pauvre que l'on croyait riche (cpr. : Const. 11. pr et § 1. *De divort.* 5. 17.).

Au surplus, hâtons-nous de le dire, les textes font défaut sur ce point ainsi que pour le dol ; et la raison nous paraît fort simple : les questions de nullité de mariage pour cause d'erreur ou même de dol, ou même encore de violence, ne devaient pas se présenter dans la pratique des Romains. La victime d'une manœuvre quelconque ou d'une erreur avait un moyen bien simple de se soustraire au mariage qu'elle avait contracté sans recourir au magistrat et

commencer un procès : il lui suffisait de divorcer. Le consentement mutuel des époux n'était pas nécessaire pour le divorce; la seule volonté de celui qui voulait divorcer suffisait, et la femme pouvait faire dissoudre le mariage de cette manière aussi bien que le mari, même la femme *in manu* (1) (Gaius. 1, § 137.).

(1) Il faut reconnaître pourtant qu'autre chose est l'annulation du mariage, autre chose sa dissolution par le divorce.

CHAPITRE V.

DE L'EFFET DU CONSENTEMENT.

16. A quel moment le mariage se forme-t-il ?

16. — Le mariage se forme-t-il par le seul effet de l'échange des consentements ou bien faut-il quelque chose de plus, la *deductio*, une sorte de tradition ? Les vieux commentateurs du droit romain admettent que le consentement suffit pour former les justes noces (Cujas, Paratitl. in L. 5, tit. 4, *cod. Just.* — Pothier. Pand. Just. *ad tit. De ritu nuptiarum* n°s 14 et suiv. et *ad tit. De donat. int. vir. et uxor.* n° 11. — Donellus, Com. jur. civ. L. 13, c. 18, n° 2 et c. 20 n°s 1 à 4.). Mais certains auteurs modernes ont contesté la validité de cette solution, et l'on peut dire que de nos jours trois systèmes se sont formés sur cette question, Suivant les uns, le mariage est un contrat consensuel ; d'autres lui attribuent le caractère de contrat réel ; d'autres encore, prétendent qu'il constitue bien plutôt un contrat d'un genre particulier, *sui generis* (cpr en sens divers

sur cette question : Ducaurroy, Inst. expliq., au titre *De nuptiis*. — Ortolan, Explic. hist. des Inst., au titre *De nuptiis* n° 99. — Demangeat, Cours élém. de Droit rom. 1, p. 242 et suiv. — Pilette, Revue historique, année 1865, dans un art. intitulé : Lettre sur le concubinat. — Girard, Conditions et formes du mariage romain, p. 195 et suiv.).

Il ne nous paraît pas douteux que la tradition de la femme ait été nécessaire dans les mariages produisant *manus*. Cette nécessité se rattachait aux anciennes solennités du *jus sacrum* et de la religion. La femme *in manu* participait, en effet, au culte domestique du mari ; mais la loi religieuse, pour l'admettre à cette participation, exigeait certaines formalités, parmi lesquelles se trouvait le *ductio in domum* (cpr. : Fustel de Coulanges, La cité antique, p. 44 et suiv.). Ce *jus sacrum* eut-il sur la législation civile et sous ce rapport, cette influence que l'on retrouve dans beaucoup d'autres matières ? Les formes mêmes de la *mancipatio* nous prouvent de la manière la plus certaine que la loi civile exigeait la *traditio* dans le cas de *coemptio* ; et d'un autre côté, l'*usus* suppose aussi et nécessairement cette tradition de la femme. L'*usus* ne peut évidemment commencer que du jour de la prise de possession par le mari, résultant de la tradition. Or quel est ce jour ? C'est précisément celui du mariage (Gaius. 1, § 111) ; le mariage ne se forme donc que par la tradition et le seul échange des consentements ne suffit pas. S'il en

était autrement, si le mariage datait du jour où les consentements ont été échangés, Gaius aurait eu le soin de distinguer nettement ce jour de l'échange des consentements de celui de la tradition; et il nous aurait dit que le délai de l'*usus* ne commençait à courir qu'à partir de cette dernière époque, quoique le mariage eût été déjà précédemment formé. Comme Gaius indique le jour même du mariage pour point de départ du délai, c'est que le mariage se forme seulement par tradition : s'il en était autrement, Gaius aurait distingué les deux époques, celle du mariage et celle du point de départ de cette sorte d'usucapion de la femme ; il n'aurait pas fait une confusion qui aurait été de sa part une véritable erreur.

Mais s'il est vrai de dire que la prise de possession par le mari soit nécessaire pour la validité du mariage, il faut toutefois reconnaître que cette prise de possession peut avoir lieu de différentes manières, soit par une tradition effective, résultant de la *ductio in domum*, qui, tout en restant cérémonie religieuse, a produit des effets en droit civil, soit *solo affectu*, par cela seul que la femme est mise à la disposition du mari (cpr : L. 1. § 21. D. *acq. vel amit. poss.* 41. 2.).

D'ailleurs, si le mariage était un contrat parfait par le seul consentement, il pourrait se faire *per nuntium* et entre absents ; or les textes décident formellement qu'une femme présente au lieu du

domicile de son futur mari peut l'épouser, quoiqu'il soit absent, en se rendant chez lui ; mais qu'une femme absente du lieu où demeure son futur mari, ne pouvant satisfaire à cette condition, ne saurait contracter un semblable mariage (L. 5. *De ritu nupt.* 23. 2. — Paul. Sent. II. 19. 8.).

Sans doute, on trouve une série de textes dans lesquels il est dit que le mariage est parfait par le seul consentement (L. 15. *De cond. et demonst.* D. 35. 1. — L. 22, § 13. *De donat. int. vir. et uxor.* 24. 1. — L. 30. *De reg. jur.* 50. 17. — Const. 8. pr. Const. 11. pr. *De rep. et jud.* 5. 17. — Nov. 23, cap. 3. — Nov. 74, cap. 4) ; mais il suffit de lire ces textes pour se convaincre qu'ils opposent le *consensus* au *concubitus*, et non à la *ductio*. « *Nuptias, non concubitus, sed consensus facit* » (L. 30. *De div. reg. jur.* 50. 17.).

CHAPITRE VI.

CARACTÈRES DU MARIAGE SOUS LA LÉGISLATION BYZANTINE.

17. Innovations de Justinien. — 18. Innovations de Léon le philosophe.

17. — Le mariage conserve son caractère de contrat civil jusqu'à l'époque de l'empereur Léon. Sous Justinien, l'autorité ecclésiastique n'intervient pas encore : mais ce prince introduit certaines formalités nouvelles. La rédaction d'un écrit, comme condition de validité du mariage (*instrumentum dotale ; tabulæ nuptiales*) n'avait jamais été nécessaire ; toujours purement facultative dans l'ancien droit et même sous les empereurs chrétiens, elle servait à déterminer d'une manière bien nette le caractère de l'union formée, à la distinguer d'un concubinat ; c'était aussi un moyen de preuve plus sûr et plus certain que les témoins.

Cette faculté de contracter de justes noces sans remplir aucune formalité présentait de grands dangers. Justinien nous apprend que fort souvent, un

homme et une femme, après avoir vécu maritalement sans être unis par le mariage, corrompaient des témoins qui venaient déposer en justice en leur faveur et attester l'existence de justes noces. Justinien voulut remédier à ces abus en établissant désormais certaines formalités dont le but était de substituer la preuve par écrits à la preuve testimoniale. Il exigea, de la part des grands dignitaires de l'Etat, la rédaction d'*instrumenta dotalia*. Quant aux personnes d'un rang moins élevé, elles n'étaient pas obligées de dresser des *instrumenta dotalia*, ce qui impliquait nécessairement la constitution d'une dot ; mais, à défaut de ces écrits, elles étaient tenues de faire la déclaration de leur mariage au *defensor Ecclesiæ*, assisté de trois clercs ou d'un plus grand nombre, qui figuraient comme témoins. Le *defensor Ecclesiæ* dressait un acte constatant la déclaration qui lui avait été faite et la date de cette déclaration ; l'acte était signé par le *defensor*, les trois clercs appelés comme témoins et les époux ; le *defensor Ecclesiæ* le remettait aux conjoints, s'ils le demandaient, ou bien le déposait aux archives.

Pour toutes les autres personnes, aucune formalité ne fut prescrite ; le mariage conserva son ancien caractère.

Du reste, ces règles établies par Justinien dans sa Novelle 74, chap. 4, furent bientôt modifiées par cet empereur. Dans la *Novelle* 117, Justinien revint sur la mesure qu'il avait prise précédemment ; la

rédaction d'*instrumenta dotalia* fut exigée des hauts dignitaires (*magnis dignitatibus ornati usque ad illustres*) ; mais les autres personnes furent dispensées de toute formalité ; la déclaration devant le *defensor Ecclesiæ* fut supprimée ; enfin, les hauts dignitaires ne furent pas eux-mêmes, et par exception, soumis à la formalité des *instrumenta*, lorsqu'ils étaient d'origine barbare, ou que leur union remontait à une époque antérieure à l'acquisition de leurs dignités (Nov. 117, cap. 4.).

18. — Le mariage n'en resta pas moins pour tous un acte purement privé, un contrat civil ; on avait certainement l'habitude de faire bénir l'union par l'Eglise, mais la célébration religieuse du mariage n'était qu'un pieux usage. Cet état de choses se maintint fort longtemps. Toutefois, l'influence sans cesse dominante de l'Eglise finit par triompher, et sous Léon le Philosophe, une constitution impériale introduisit une grave innovation : la bénédiction de l'Eglise fut désormais nécessaire pour la validité du mariage (*Nov.* 89, de Léon.). « *Hodie autem in nudo consensu nuptiæ non consistunt, sed nisi et benedictio sacerdotalis accesserit, neque conjugium contrahitur, neque contrahentes a se invicem separari prohibentur. Et hoc sanxit per Novellam inter principes celeberrimus Imperator Leo Philosophus et beatissimus princeps cæsar Alexius Comnenus, et, subsecuta benedictione, etsi nuptiæ non procedant, et commixtio eorum qui contrenserunt, matrimonium*

esse videtur contractusque est indissolubilis » (Trad. lat., Prompt. d'Harménopule ; note sur le § 19 *De nuptiarum definitione*. Lib. 4, tit. 4.).

II. DROIT CANONIQUE (1).

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

19. Caractère du mariage en droit canonique. — 20. Comment se formait le mariage avant le Concile de Trente. — 21. Innovations du Concile de Trente.

19. — Le mariage est, en droit canonique, un contrat et un sacrement indivisibles et indissolubles par lesquels un homme et une femme s'unissent à perpétuité dans le but de se créer une postérité et de supporter en commun les charges de la vie. Jésus-Christ a élevé le mariage à la dignité de sacrement afin de lui imprimer un caractère de gravité qui lui manquait souvent dans les derniers temps de l'antiquité païenne (« *Sacramentum hoc magnum est* » dit l'Apôtre aux Ephésiens, V. 32.).

(1) Cpr : Bœmer, *Principia juris canonici*. — Rieger, Inst. jurisprud. ecclésiast. — Henrion, Code ecclésiastique français. — Ignatius Reutlinger, *De matrimonio*. — Walter, Lehrbuch d. Kirchenrechts. — Schulte, Handbuch d. katol. Eherechts.

20. — Toutefois, si l'Eglise s'est immédiatement occupée du mariage comme sacrement, pendant de nombreux siècles elle ne réglementa pas le contrat civil : et même le droit canonique admettait « que les parties qui contractent mariage sont elles-mêmes les ministres du sacrement de mariage. » Autrement dit, le seul consentement des parties formait le sacrement du mariage en droit canonique, comme il suffisait en droit civil pour le contrat civil. Il existe sur ce point une réponse du pape Nicolas 1er à la consultation des Bulgares (au 9e siècle) qui ne permet aucun doute. Ce pape expose dans l'art. 3, de la manière suivante les doctrines de l'Eglise sur le mariage : « *Primum quidem in Ecclesia Domini, cum oblationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuuntur, sicque demum benedictionem et velamen celeste suscipiunt..... post hæc de Ecclesia egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in Ecclesia ipsæ sunt solitæ reservari..... hæc sunt jura nuptiarum.....* Mais le pape, après avoir décrit ces cérémonies, ajoute : « *Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non discemus, quemadmodum græcos vos adstruere dicitis, præsertim cum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium ; ac per hoc sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur.* »

Ainsi le seul consentement suffit pour la validité

du mariage, même considéré comme sacrement, car c'est sur le sacrement que les Bulgares avaient consulté le pape. Mais il résulte aussi de cette réponse de Nicolas 1er, que si le simple consentement suffisait, cependant il était en usage de faire intervenir directement l'Eglise et de demander au prêtre la bénédiction nuptiale. L'usage purement facultatif de réclamer les prières et la sanction de l'Eglise s'introduisit de fort bonne heure : nous en trouvons déjà la mention dans les ouvrages de saint Ambroise et de Tertulien (1).

On a prétendu que la bénédiction nuptiale avait été rendue obligatoire sous Charlemagne et que cette disposition avait ensuite été renouvelée au Concile de Frosli sous Charles le Simple (an 909) (2). On ne saurait se décider sur ce point d'une manière certaine, car l'authenticité des capitulaires de Charlemagne relatifs à ce sujet et qui se trouvent, en effet, dans le recueil de Benedictus Levita, a été contestée. Quoi qu'il en soit, ces dispostions ont dû tomber immédiatement en désuétude. Il existe, en effet, des textes précis qui reconnaissent l'existence du mariage

(1) *Unde sufficiemus*, dit Tertulien, *ad enarandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat benedictio* (*Lib.* 2. *ad uxor.*, *cap.* 8.). De même, S. Ambroise écrit dans sa lettre à Virgile pour détourner les fidèles du mariage avec les infidèles : « *Cum ipsum conjugium velamine, sacerdotali, et benedictione sanctificari oporteat, quomodo potest conjugium dici ubi non est fidei concordia* (Lettre 19, n° 9).

(2) Con. de Frosli. can. 7.

comme sacrement par le seul échange des consentements (cpr. X. *De sponsalib.* can. 15, 30, 31.). Le Concile de Latran prescrivit, sans doute, la bénédiction nuptiale, precédée de trois bans, mais l'inexécution de ces solennités n'entraînait qu'une pénitence et ne s'opposait pas à la validité du mariage.

21. — C'est le concile de Trente qui le premier ordonna, à peine de nullité, la célébration du mariage par l'Eglise; depuis longtemps on se plaignait des graves abus qui résultaient de la possibilité de contracter des mariages clandestins : « *Qui aliter,* dit le décret du concile (sess. 24.), *quam præsente Parocho vel alio Sacerdote de ipsius Parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum matrimonium omnino inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritos ac nullos esse decernit.*

Cette décision a été rendue le 11 novembre 1563. Elle a soulevé dans la suite une grave controverse entre les canonistes. Le plus grand nombre des théologiens et des docteurs en droit canon, soutiennent que depuis cette époque et devant les lois de l'Eglise, le sacrement et le contrat de mariage sont deux choses indivisibles, de sorte que le contrat ne peut exister sans le sacrement. Cependant, certains canonistes, s'appuyant sur ce que le concile n'avait pas le droit de s'occuper du contrat, mais seulement du sacrement, enseignent que, même en

droit canonique, il faut distinguer et séparer le contrat du sacrement ; le contrat existerait encore et serait reconnu par l'Eglise comme tel, malgré l'absence de cérémonies religieuses (Rieger IV, § 30 et 31. — Petrus Collet, *Presbyter. congreg. mission. S. Theologiæ Doctor et Professor*. Paris. *In continuat. prælect. theolog*. Honorati Fournelii. Tom. XIV, c. 2, art. 2, sect. 3. pag. 107. Ignatius Reutlinger. *De matrim.*; pars 2. sect. 1, quest. 2, § 2.). Nous ne contestons pas que le concile de Trente aurait pu et même dû distinguer le contrat du sacrement ; mais il résulte nettement du texte et de l'esprit du concile qu'on a voulu unir l'un et l'autre d'une manière indivisible et ne reconnaître aucun effet à l'échange des consentements des parties, tant qu'il n'aurait pas reçu l'approbation et la bénédiction de l'Eglise (Concil. Trident. sess. 24, *De reform.*, cap. 1.).

CHAPITRE II.

DU CONSENTEMENT ET DE SES FORMES.

22. Du consentement aux fiançailles. — 23. Ses effets. — 24. Sa forme. - 25. Du consentement au mariage. Peut-il, en droit canonique, être donné sous condition? — 26. De la condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. — 27. Formes du consentement au mariage. — 28. Faut-il aussi le consentement des parents?

22. — Le canon 25, X, *De sponsalib.* 4. 1. nous dit que le mariage se forme « *per legitimam declarationem consensus mutui maris et feminæ in matrimonium jam actu ineundum* (cpr. aussi can. 14. X. *De sponsal.* 4. 1.). Mais, en droit canonique, comme en droit romain, le mariage est ordinairement précédé des fiançailles pour lesquelles on exige aussi l'échange d'un premier consentement. Ce consentement peut même être suivi d'une bénédiction à l'église, mais cette cérémonie, même depuis le concile de Trente, n'est pas essentielle comme pour le mariage ; le droit canonique invite toutefois à s'y soumettre comme à un préliminaire de nature à faire naître d'utiles réflexions sur l'union future.

23. — Le consentement aux fiançailles forme ainsi un premier lien ; mais ce lien n'est pas indissoluble. On ne peut contraindre un fiancé à contracter mariage ; seulement la rupture des fiançailles, en dehors des cas permis par les canons de l'Eglise, donne lieu à des peines canoniques contre celui qui refuse sans raison d'exécuter sa promesse.

24. — Le consentement aux fiançailles n'est pas nécessairement donné verbalement et par les parties contractantes elles-mêmes : il peut l'être par écrit, ou par simples signes, ou par mandataire, mais celui-ci doit avoir reçu un mandat spécial à cet effet : un mandat général de contracter des fiançailles, sans désignation de personnes, ne serait pas valable.

Il n'est même pas nécessaire que le consentement soit manifesté en présence de témoins. Mais il faut toujours qu'il soit certain. Ainsi, on s'est demandé si l'échange d'anneaux est un fait assez précis pour autoriser à dire qu'il y a eu fiançailles ; mais on ne saurait répondre à cette question d'une manière absolue et il est évident qu'il s'agit là d'une pure question de fait (1).

Le consentement aux fiançailles n'est pas nécessairement pur et simple : il peut être donné sous condition.

25. — Lorsqu'il s'agit de consentement au ma-

(1) En Allemagne, on dit : Ist der Finger beringet, so ist die Junfer bedinget. Mais ces termes sont évidemment trop absolus.

riage, la question de savoir s'il peut être subordonné à une condition est plus délicate. Sans doute, on est d'accord pour reconnaître la validité du consentement donné sous la condition d'un événement présent ou passé ; mais dans ce cas, le consentement n'est pas à proprement parler conditionnel, car on peut s'assurer de suite de l'existence ou du défaut d'existence de l'événement, et, en réalité, le consentement est donné ou refusé d'une manière pure et simple.

La question est, au contraire, discutée parmi les canonistes de savoir s'il faut considérer comme valable le consentement qui dépend d'une véritable condition c'est-à-dire d'un événement futur et incertain. Les uns disent pour l'affirmative que, ni la nature du contrat, ni les canons de l'Eglise, ne s'opposent à l'adjonction d'une condition ; les autres, et c'est la grande majorité, soutiennent qu'un mariage conditionnel n'est pas possible, que cette modalité est contraire à l'essence même du mariage et que par suite de l'adjonction d'une condition il n'y a pas mariage, mais simples fiançailles ; des mariages conditionnels seraient contraires à la dignité du sacrement de l'Eglise et pourraient produire de graves difficultés (cpr : dans le premier sens : Rieger, IV, § 42 et suiv., — dans le second : Gonzalez. Ad. cap. 5. *De condit. apposit.* — Bœmer. *Inst. Juris. canon.* Ad. tit. *De condit appositis.* § 7.).

26. — Pour le cas particulier où le consentement

est donné sous une condition contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, le droit canonique établit la distinction suivante :

Ou bien cette condition est contraire à l'essence même du mariage (comme par exemple si l'on a dit : *contraho tecum donec aliam invenero digniorem honoribus et facultatibus meis*), et alors cette condition, contraire au principe de l'indissolubilité du mariage, est considérée comme un refus de consentement, de sorte que le mariage ne se forme pas ; — ou bien il s'agit d'une condition qui, sans porter atteinte aux caractères essentiels du mariage, est cependant illicite ; cette condition est déclarée nulle et non avenue, et le mariage est valablement contracté comme si le consentement avait été donné sans restriction (cpr : c. ult. X. *De condit. appos. in desp.* IV. 5. — c. 3. cod. et c. 11, X. *De trans.* I. 36.).

27. — Le consentement au mariage peut, du reste, être exprimé d'une manière quelconque, même par simples signes, pourvu que la manifestation de volonté ne soit pas douteuse (can. 25 et 31. X. *De sponsal.*).

Nous avons vu que jusqu'à l'époque du concile de Trente le mariage se formait par cela seul que les deux consentements avaient été échangés, sans que l'intervention de l'Eglise fût exigée à peine de nullité ; pour remédier aux graves abus résultants de ces mariages clandestins, le concile de Trente exigea que le consentement fût manifesté en présence du curé

de la paroisse de l'un des deux conjoints et de deux témoins, et suivi d'une bénédiction nuptiale (*Concil. Trident.* sess. 24. *De reform. matr.* cap. 1.).

Mais il n'est pas nécessaire que le consentement soit donné devant le curé par la partie elle-même : il peut l'être valablement par mandataire, pourvu que le mandat soit spécial et qu'il n'ait pas été révoqué avant le moment de la célébration (cpr : Rieger, IV. n° 40.).

28. — L'Eglise se contente du consentement des futurs époux : elle n'exige pas celui des parents. Le concile de Trente prononce même l'anathème contre ceux qui voudraient soutenir que les mariages contractés sans le consentement des parents sont entachés de nullité : « *Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia, libero consensu contrahentium facta, rata et vera esse matrimonia quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit, proinde jure damnandi sint, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera et rata esse negant, quique falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata et irrita facere posse ; nihilominus sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis, illa semper detestata est atque prohibuit* » (1). (sess. 24.).

(1) Cpr la singulière explication que Pothier donne de ce passage : Mariage, n° 321.

CHAPITRE III.

QUELLES PERSONNES SONT INCAPABLES DE MANIFESTER UN CONSENTEMENT VALABLE ?

29. Principe et conséquence de ce principe. — 30. De l'aliéné, en particulier.

29. — Pour répondre à cette question, il suffit de se rappeler le principe que nous connaissons déjà : le mariage exige un consentement certain, mais ce consentement peut être manifesté d'une façon quelconque. Les personnes qui, sans avoir l'usage de la parole, peuvent pourtant faire connaître leur volonté sont capables de consentir valablement au mariage (can. 23. X. *De spons. et matrim.* IV. 1.). Tels sont les aveugles, les sourds, les muets ; il faut en dire autant des sourds-muets, pourvu qu'ils se fassent une idée précise du mariage et soient capables de la manifester (can. 23. X. *De big. non ord.* I. 12.). Au contraire ne peuvent consentir au mariage, l'aliéné, l'individu dans un état d'ivresse tel, qu'il a perdu l'usage de sa raison (can. 24. X. *De sponsal.* IV. 1.).

30. — Mais les canonistes reconnaissent aux aliénés la capacité de consentir au mariage pendant les intervalles lucides (arg. can. 14. Caus. 7, qu. 1. — Sanchez. *Loc. cit.* n° 16. — Covarruv. *Ad. lib.* IV. Décret. cap. 2, n° 5). Toutefois, lorsqu'un insensé veut se marier, on fait constater par experts qu'il se trouve dans un intervalle lucide et on commence une procédure tendant à obtenir de l'autorité épiscopale une autorisation de contracter mariage ; tant que l'évêque du diocèse n'a pas accordé cette autorisation, on ne procède pas à la célébration du mariage (Schulte, Handbuch des katolischen Eherechts, § 16.). — Le monomane c'est-à-dire celui dont l'aliénation mentale est restreinte à un certain ordre d'idées, peut aussi se marier, pourvu que sa monomanie ne porte pas précisément sur le mariage (Schulte. *Loc. cit.*).

CHAPITRE IV.

DES VICES DU CONSENTEMENT.

31. Empêchements dirimants du droit canonique.

31. — Le droit canonique mentionne 14 empêchements dirimants : l'erreur — la condition des personnes — le vœu solennel de chasteté — la parenté — le crime — la différence de religion — la violence — les ordres — un mariage précédent — l'honnêteté publique — l'alliance — l'impuissance — le rapt — la clandestinité (1).

La violence et l'erreur sont donc spécialement indiquées; de plus, le droit canonique distingue le rapt de la violence ordinaire; mais, il n'est pas question du dol; nous verrons pour quelle raison.

(1) On les comprend dans les six vers suivants :
Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Raptave si mulier, nec parti reddita tutæ,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

SECTION I.

De la violence.

A. De la violence proprement dite.

32. Division du sujet. — 33. Quelles sont les conditions requises pour que la violence constitue un empêchement dirimant? Première condition : il faut une violence grave. — 34. Deuxième et troisième conditions. — 35. Sur quelles personnes doit être exercée la violence? — 36. De la violence des seigneurs envers leurs vassaux. — 37. Effets de la violence. — 38. Qui peut invoquer la nullité résultant de la violence?

B. Du rapt.

39. Conditions nécessaires pour qu'il y ait eu rapt. — 40. Effets du rapt.

32. — Nous étudierons la violence, ce premier vice du consentement, sous trois questions :

Quelles sont les conditions requises pour que la violence constitue un empêchement dirimant ?

Quels sont les effets de la violence ?

Par quelles personnes peut être invoquée la nullité résultant de la violence ?

33. — 1re *Question :* Quelles sont les conditions requises pour que la violence constitue un empêchement dirimant ?

Toute violence ne vicie pas le consentement au point d'être une cause de nullité du mariage ; il faut qu'elle présente les caractères suivants :

1. Qu'elle soit assez grave pour paralyser la vo-

lonté de celui qui la subit. Dans quels cas la violence offre-t-elle ce degré de gravité ? On ne saurait répondre à cette question d'une manière précise ; tout dépend du caractère, de l'âge, du sexe, de la condition de la personne violentée. Il n'est pas exact de dire qu'il faut une violence de nature à impressionner une personne raisonnable ; car, même quand la violence ne satisfait pas à cette condition, par cela seul qu'elle anéantit le consentement, le mariage n'est pas valable. La question n'est pas, en effet, de savoir si un homme raisonnable aurait succombé à cette violence, mais si elle a exclu le consentement de la personne qui l'a subie ? La violence doit être grave, mais vis-à-vis de la personne à laquelle elle s'adresse, c'est-à-dire d'une manière tout à fait relative : « *Ad effectum annulandi matrimonium*, fut-il dit dans une décision de la Rote (24 mai 1655), *metu contractum a muliere non tantum timoris in ista, ratione imbecellioris sexus, quantum in viro requiritur.* » M. Schulte (*Loc. cit.*) rapporte la cause suivante (*causa Luccoriens*) où il fut fait application de ces principes : Des parents avaient ordonné à leur fille, âgée de 13 ans seulement, d'épouser un prétendant qu'elle ne voulait pas accepter comme mari ; pour vaincre sa résistance, la mère l'avait battue, accablée d'ennuis et l'avait menacée de l'exhéréder. La fille céda et le mariage fut célébré ; mais plus tard il fut annulé par la *congregatio Concilii* qui vit dans ces actes, des violences d'une gravité

suffisante, à raison du sexe et de l'âge de la personne violentée.

Lorsqu'il s'agit d'une personne ordinaire, les faits doivent présenter un caractère de gravité plus marqué. Les textes du droit canonique nous citent comme menaces capables de vicier le consentement : celles de la mort (c. 1 et 6 X. *De his quæ vi* I. 40), d'un mal corporel, de peines cruelles et injustes, par exemple, de l'excommunication (*Gloss. ad.* c. 17. X. *De restit. spol.* II. 13), les menaces provenant d'un supérieur (c. 4. X. h. t.), celle de faire perdre les fonctions que l'on remplit (can. 2. X. h. t.).

34. — Cette première condition ne suffit pas pour que la violence soit un empêchement dirimant ; il faut encore :

2. Que la violence ait été employée dans le but de faire contracter mariage ; l'union serait valable si elle était célébrée à la suite de violences qui n'avaient pas ce but.

3. Que la violence soit injuste, c'est-à-dire contraire à la loi et aux bonnes mœurs. Ainsi, le mariage contracté sous la crainte de peines canoniques justement méritées, ne saurait être attaqué (c. 10. X. *De sponsal.* IV. 1. c. 2. X. *De adult.* V. 2.). De même, le droit canonique considère comme parfaitement juste la violence résultant d'une faute grave ou d'un crime commis par la personne contre laquelle elle est dirigée ; la violence étant la consé-

quence de son propre fait, on n'admet pas qu'elle puisse se plaindre et prétendre que le mariage n'est pas valable. La *congregatio Concilii* a décidé dans une foule de cas que le mariage contracté avec une jeune fille par celui qui en a abusé au moyen de promesses trompeuses ou de tout autre artifice est parfaitement valable, même quand il a lieu à la suite de menaces ou de violences graves de la part des parents de la jeune fille. Souvent aussi le juge décide qu'il absoudra celui qui a abusé d'une femme, s'il l'épouse, et, en pareil cas, le coupable, après avoir contracté mariage, n'a pas le droit de l'attaquer (Sanchez. *De matrim.* L. 4. Disp. 12.).

Au contraire, la nullité du mariage a toujours été prononcée dans les cas où il a été reconnu que la violence était inique. Un certain individu, accusé à tort par l'opinion publique, d'être l'auteur de la grossesse d'une fille, ayant été jeté en prison, et mis dans l'alternative ou d'épouser cette fille ou d'aller aux galères, se décida à contracter mariage; mais plus tard, il demanda et obtint de la *congregatio Concilii* la nullité de son union. — Dans un autre cas du même genre, un individu fut jeté en prison comme auteur de la grossesse d'une jeune fille; désespérant d'en sortir, il déclara qu'il était prêt à contracter mariage; l'union célébrée, il protesta et établit que non-seulement il n'était pas l'auteur de la grossesse, mais qu'il n'avait même jamais promis mariage à cette fille; le mariage fut cassé (*Causa Compostellana*, 10 mars 1731.).

Les conditions que nous venons d'énumérer sont les seules qui soient exigées pour que la violence constitue une cause de nullité.

35. — Il importe peu que les menaces ou les violences s'adressent à la personne même qui contracte mariage ou à un tiers qui lui est cher ; les violences que souffre un parent ou un ami nous sont quelquefois beaucoup plus sensibles que celles qui s'adressent directement à nous. Mais les canonistes ont précisé cette règle en déterminant quelles sont les personnes sur lesquelles une violence commise est de nature à vicier notre consentement; ce sont nos ascendants et descendants, nos collatéraux ou alliés en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré, et nos amis intimes. Il n'y a pas non plus lieu d'examiner si les violences proviennent de la personne avec laquelle on contracte mariage ou d'un tiers. Celles qui sont employées par les parents ou tuteurs suffisent aussi pour vicier le consentement. On ne reconnaît pas cet effet à la simple crainte révérentielle, malgré l'opinion contraire de quelques canonistes.

36. — Le droit canonique avait dû s'occuper aussi des violences des seigneurs envers leurs vassaux. Tous les seigneurs s'étaient, dans le principe, arrogé le droit de s'emparer des filles de leurs serfs et de les épouser même contre leur gré et sans le consentement de leurs parents. La loi des Wisigoths leur défendait cependant d'épouser des filles ou des

veuves, malgré elles, à moins qu'ils n'aient obtenu le consentement du roi (L. 53, tit. 3, ch. 11.). Cette disposition fut aussi admise plus tard par Clotaire Ier, en 560, et renouvelée par Clotaire II en 615. C'était limiter, les droits de la violence, mais non les détruire.

L'Eglise toutefois était déjà intervenue pour mettre un terme à cet état de choses. En 557, le concile de Paris avait défendu de pareils mariages, même dans le cas où le roi aurait donné son autorisation ; cette règle fut aussi proclamée par le concile de Tolède en 589. Le concile de Trente a plus tard reproduit et généralisé ces dispositions, et les a appliquées à tous les seigneurs et magistrats : « *Ita plerumque temporalium dominorum ac magistratuum, mentis occulos terreni affectus atque cupiditates excæcant ut viros et mulieres, sub eorum jurisdictione degentes, maxime divites vel spem magnæ hæreditatis habentes, minis et pœnis adigant cum iis matrimonium invitos contrahere, quos ipsi domini vel magistratus illis præscripserint. Quare, quum maxime nefarium sit, matrimonii libertatem violare et ab iis injurias nasci, a quibus jura exspectantur, præcipit sancta Synodus omnibus cujuscumque gradus, dignitatis et conditionis existant, sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrant, nec quovis modo, directe vel indirecte, subditos suos vel quoscumque alios cogant quominus libere matrimonia contrahant* » (Sess. 24. *De reform. matr.* cap. 9.).

37. — 2ᵉ *Question* : Quels sont les effets de la violence ?

La violence empêche le consentement d'exister ; il n'y a pas contrat. Tout mariage contracté sous l'empire d'une violence est, en droit canonique, nul, inexistant (*ipso jure nullum*). La violence constitue un empêchement de droit divin (*impedimentum juris divini*), qui ne peut pas être levé, même par dispense du pape. Avant le concile de Trente, il est vrai, le mariage entaché de violence se validait de plein droit par la cohabitation volontairement continuée après la cessation de la violence ; mais le concile de Trente a déclaré qu'une semblable union serait inexistante, et qu'une simple ratification tacite ne saurait désormais couvrir ce vice (Sess. 24. cap. 1. *De reform. matr.*).

38. — 3ᵉ *Question* : Qui peut invoquer la nullité résultant de la violence ?

Malgré les règles sévères qu'il édictait contre la violence, le droit canonique la considérait comme une *impedimentum juris privati;* la nullité qu'elle produisait ne pouvait être invoquée que par la personne violentée elle-même ; les tiers, ni l'autre conjoint, dont le consentement avait été parfaitement libre, ne pouvaient s'en prévaloir sous aucun prétexte. Comme conséquence de ces principes, on décidait que le conjoint dont la liberté avait été enchaînée, pouvait valider le mariage par sa ratification ; mais le concile de Trente modifia cette règle,

et considérant comme inexistante toute union entachée de violence, il exigea toujours une nouvelle célébration avec toutes les formalités ordinaires (*renovatio consensus coram parocho et testibus*) ; c'était, en réalité, un nouveau mariage qui se contractait et non l'ancien qui se validait.

B. Du rapt.

39. — Le rapt est à la violence ce qu'est l'espèce au genre. En réalité, le rapt est une violence d'une certaine nature, s'accomplissant dans des circonstances spéciales, et exercée par l'un des contractants envers l'autre. Le droit canonique avait cependant envisagé le rapt comme un empêchement *sui generis ;* et c'est pour nous conformer à ces principes que nous allons l'étudier à part.

Le rapt peut être défini en droit canonique : l'enlèvement par violence et contre son gré, d'une femme ou d'une fille dans l'intention de contracter mariage avec elle.

Cette définition nous indique les quatre conditions nécessaires pour qu'il y ait rapt.

Il faut, en premier lieu, un enlèvement par violence, *abductio violentiâ* ; le rapt suppose l'emploi de la force. Il importe peu que la violence soit physique ou morale. Mais toute violence ne constitue pas un rapt : on exige que la violence ait ce but particulier d'enlever une personne de sa résidence

habituelle et de la conduire dans un lieu éloigné, où elle se trouvera sous la puissance de son ravisseur. Si la femme n'a pas été enlevée hors de sa demeure, il ne peut être question que d'une violence ordinaire.

En second lieu, l'enlèvement doit s'opérer contre le gré de la femme ou de la fille. Il est bien évident qu'il n'y a pas rapt dans le cas d'une femme qui consent à suivre son amant, lors même que, pour sauver les apparences, elle aurait simulé une certaine résistance. Mais, dans le doute, et jusqu'à preuve contraire, l'enlèvement d'une femme fait supposer un rapt ; pour que la présomption disparaisse, il faut que la personne enlevée, après avoir été placée dans un lieu sûr, loin de son ravisseur, à l'abri de toute influence de sa part, déclare spontanément qu'elle avait consenti à le suivre.

De ce que le rapt suppose une résistance de la part de la personne enlevée, il suit qu'il n'y a pas rapt en droit canonique, quand on enlève une fille contre le gré de ses parents, mais avec son consentement. Nous verrons que notre ancien droit et l'Eglise de France reconnaissent en pareil cas l'existence d'un rapt *sui generis*, connu sous le nom de rapt de séduction, et produisant, comme le rapt ordinaire, un empêchement au mariage; mais il faut repousser, en droit canonique, cette décision tout à fait contraire aux principes les plus formels du con-

cile de Trente (1). C'est ce que l'on fait encore aujourd'hui en Allemagne et généralement dans tous les pays où le droit canonique est encore la législation en vigueur pour le mariage.

En troisième lieu, le rapt suppose un enlèvement dirigé contre une femme. Il ne saurait porter sur une personne du sexe masculin; on a pensé que les hommes jouissent toujours d'une force et d'une liberté assez grandes pour pouvoir se soustraire à ces violences. Si l'on se trouvait pourtant dans le cas d'un mariage contracté à la suite de l'enlèvement d'un homme, il faudrait aussi déclarer le mariage nul, car, à défaut de l'empêchement dirimant résultant du rapt, on pourrait invoquer l'*impedimentum vis ac metus*.

Enfin, il ne suffit pas encore pour qu'il y ait rapt, qu'on ait enlevé une femme contre son gré : l'enlèvement doit avoir pour objet le mariage. Lorsqu'on s'empare d'une femme et qu'on l'entraîne loin de sa résidence, dans tout autre intention que celle de contracter mariage, par exemple dans le but unique de la déshonorer, il y a bien en droit criminel, un délit que l'on appel rapt, enlèvement, ravissement ; mais ce fait ne constitue pas en droit canonique, un rapt, c'est-à-dire un empêchement de mariage. Des peines pourront, sans doute, être prononcées

(1) On sait que les dispositions de ce concile n'ont jamais été reconnues en France.

contre l'auteur d'un semblable crime; mais le mariage sera permis entre le ravisseur et la personne enlevée, tandis qu'il existait, du moins à une certaine époque du droit canonique, un empêchement perpétuel de mariage en cas de rapt proprement dit.

Les quatre conditions dont nous venons de donner l'énumération sont seules nécessaires pour qu'il y ait rapt. Il n'en existe pas d'autres. Ainsi, on ne s'occupe, ni de la qualité de la femme, ni de son âge. On s'est demandé cependant si l'enlèvement d'une fiancée par son fiancé pouvait être considéré comme un rapt. Certains auteurs ont soutenu la négative; mais en l'absence de tout texte consacrant cette exception aux règles ordinaires, on ne voit pas sur quels arguments sérieux peut s'appuyer cette opinion; car s'il est vrai de dire que la fiancée a consenti au futur mariage et qu'elle conserve cette qualité tant qu'elle n'a pas obtenu la rupture des fiançailles, il n'est pas moins certain, d'un autre côté, qu'elle peut encore changer de manière de voir. On a invoqué une fiction suivant laquelle la fiancée est censée consentir au mariage au moment de son enlèvement; mais comme on l'a fait remarquer avec raison (cpr : Schulte. *Loc. cit.* § 34.), cette fiction n'est pas exacte, car il est, au contraire, fort possible qu'à ce moment elle ait pris une autre résolution et que son fiancé l'ait enlevée précisément dans le but de la faire revenir sur son refus.

40. — Quant aux effets du rapt, ils ont varié suivant les époques, et l'on peut dire que le droit canonique a subi en cette matière de nombreuses modifications. Nous parlerons d'abord de l'Eglise d'Orient, puis de l'Eglise d'Occident.

Les plus anciennes lois de l'Eglise d'Orient prononcent l'exclusion du ravisseur du sein de l'Eglise, sans établir un empêchement de mariage entre le ravisseur et la personne ravie ; le mariage peut être dans la suite valablement célébré, même à l'église, pourvu que les parents de la jeune fille y consentent, et que le ravisseur se soit soumis à la pénitence de l'Eglise.

Mais la fréquence des enlèvements devint telle, qu'en l'an 451, le synode de Chalcédoine se décida à adopter pour l'Eglise les peines sévères prononcées par Constantin contre les ravisseurs (Const. 1, 2, 3, C. Th. *De captu. virg. et vid.* IX, 24.) ; il les frappa en outre d'anathème, c'est-à-dire d'excommunication ainsi que leurs complices. Mais aucun empêchement dirimant ne fut encore créé entre le ravisseur et la personne ravie : le mariage pouvait être même béni par l'Eglise, pourvu que le coupable eût préalablement fait lever l'excommunication prononcée contre lui.

Justinien, comme nous l'avons déjà vu, en renouvelant les dispositions de Constantin, prohiba, en outre, le mariage entre le ravisseur et la personne ravie, sauf exception dans le cas où cette dernière

et ses parents consentiraient ensuite au mariage. Mais l'Eglise d'Orient n'admit pas ces règles nouvelles établies par Justinien, et le rapt fut, dès lors, régi par deux législations différentes, par les Constitutions de Justinien en droit civil et, devant la religion, par les décisions du concile de Chalcédoine (1).

Quant à l'Eglise d'Occident, on peut distinguer trois périodes successives dans sa législation sur le rapt.

Les premières règles des canons de l'Eglise furent très-sévères : non-seulement le mariage contracté pendant que la personne ravie se trouvait au pouvoir du ravisseur fut déclaré nul, mais on ajouta même qu'après la cessation de la violence tout mariage continuerait à demeurer impossible entre le ravisseur et la personne ravie. Ainsi, le rapt était à la fois un empêchement dirimant et perpétuel, tandis que l'empêchement résultant de la violence ordinaire n'était que temporaire et cessait avec la violence elle-même.

Ce caractère de l'empêchement résultant du rapt fut formellement établi au concile de Pavie tenu en 850 : « *Puellæ ipsis a quibus captæ sunt, legitimæ demum uxores nullatenus esse possunt.* »

Cette législation pourra paraître sévère; cependant elle s'explique. Il s'agissait de réprimer des passions

(1) On en trouve la preuve dans la pr. de la Nov. 35 de Léon.

brutales, des débordements effrénés contre lesquels les lois civiles avaient été jusqu'alors insuffisantes. La loi des Francs se bornait, en effet, à prononcer une amende contre le ravisseur, tout en reconnaissant la validité du mariage avec la personne ravie, lorsque cette dernière avait ensuite donné un consentement libre. Les lois canoniques furent certainement très-efficaces en punissant le ravisseur de la perte du droit de se marier avec la personne enlevée : le rapt menait ainsi à un résultat contraire à celui que l'on se proposait.

Mais peu à peu les mœurs s'adoucirent, et avec elles, la rigueur des lois canoniques. Innocent III établit que désormais la personne ravie pourrait toujours se marier avec le ravisseur, pourvu qu'elle y consentît librement, et alors même qu'elle se trouvait en sa puissance (C. 7. X. *De raptu.*).

C'était aller trop loin. Comment savoir d'une manière certaine si la victime du rapt a réellement consenti, à l'époque où elle était encore à la disposition du ravisseur? Pendant toute la durée de l'enlèvement, cette victime se trouve dans une position telle, qu'elle ne peut véritablement vouloir autre chose que le mariage.

C'est pourquoi, sur la demande des ambassadeurs français envoyés à ce concile et qui se plaignaient de nouveaux désordres, le concile de Trente choisit un système intermédiaire entre les deux précédents : il ne défendit plus et à tout jamais, le mariage entre

le ravisseur et la personne ravie ; mais, d'un autre côté, il ne permit le mariage qu'autant que la personne ravie aurait cessé de se trouver en la puissance du ravisseur. « *Decrevit sancta Synodus inter raptorem et raptam, quandiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat, et nihilominus raptor ipse ac omnes illi consilium, auxilium et favorem præbentes, sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames, omniumque dignitatum incapaces, et si clerici fuerint, de proprio gradu decidant. Teneatur præterea raptor, mulierem raptam, sive eam uxorem duxerit, sive non duxerit, decenter arbitrio judicis dotare* (sess. 24, c. 6. *De reform. matrim.*). Ainsi, tant que la femme se trouve au pouvoir de son ravisseur, même dans le cas où elle aurait consenti à cette époque, le mariage ne serait pas valable ; si le ravisseur veut contracter un mariage valable, il faut qu'il commence par rendre à la liberté la personne enlevée ; celle-ci est alors séparée de lui et placée en lieu sûr.

SECTION II.

De l'erreur.

40. Des différentes espèces d'erreurs d'après le droit canonique. — 41. *Error personæ.* — 42. *Error conditionis.* — 43. *Error qualitatis.* — 44. Est-il certains cas où une erreur sur une

A. Des différentes espèces d'erreurs.

40. — Nos sources de droit canonique sont loin d'offrir tous les renseignements nécessaires sur cette difficile question de l'erreur. Gratien se borne à dire que l'erreur sur la personne et l'erreur sur la condition sont des causes de nullité, à la différence de l'erreur sur la qualité et de l'erreur sur la fortune. La glose n'est pas plus précise.

Lancelot, dans ses Institutes de droit canonique, reproduit la même règle : « *Solum personæ et conditionis error, obstat matrimonio ; qualitatis vero et fortunæ non obstat.* »

Nous étudierons successivement ces quatre espèces d'erreurs ; mais il importe d'établir d'abord quelques principes généraux.

L'erreur n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle exclut le consentement : il n'y a pas, en pareil cas, contrat de mariage, ni même sacrement, car le sacrement n'est que la ratification par l'Eglise de la volonté des parties. Au contraire, le mariage est valable lorsque l'erreur est telle, qu'elle n'a cependant pas empêché le consentement d'exister. Ces principes généraux, que l'on retrouve dans presque toutes les législations, ont toutefois été soumis par le droit canonique à certaines exceptions.

1. Error personæ.

41. — L'erreur sur la personne est exclusive du consentement : le contrat ne se forme pas valablement. Le mariage ne peut être parfait par cela seul que l'on a la volonté de se marier, car le consentement ne saurait porter sur une personne quelconque : il faut que la personne avec laquelle on se marie soit bien celle que l'on a en vue. Quand Paul épouse Julie, qu'il prend pour Emilie, le mariage est nul, car il n'a jamais voulu s'unir à Julie et le motif qui l'avait porté à se marier était le désir de s'unir à Emilie. La doctrine et la jurisprudence canoniques sont unanimes sur ce point (C. 29. qu. 1. —Saint Thomas d'Aquin. *In add. ad tertiam partem summæ theolog.* qu. 51. art. 1. — Sanchez. Lib. 7, Disp. 18, n° 4. — Carrière. *Prælect. theolog. de matrimonio.* II. § 631. n° 1.).

2. Error conditionis.

42. — Le droit canonique entend sous cette dénomination, non pas toute erreur sur la condition de la personne, mais seulement l'erreur qui consiste à croire libre une personne qui est esclave (cpr : München. Ueber Knechtschaft als Ehehinderniss; in d. Zeitschr. für Philos. und kathol. Theolog. 1840, p. 44 à 67.). Il ne faut pas non plus confondre *l'error conditionis* avec *l'error qualitatis* comme l'ont fait certains auteurs qui ont pensé que l'erreur sur la condition était une erreur sur la qualité pour

laquelle on aurait admis une exception à la règle ordinaire (Walter. *Loc. cit.* § 309, rem. 9.).

En droit canonique, *l'error conditionis* est un empêchement de mariage : l'union est nulle quand on épouse un esclave que l'on croit libre.

A l'origine, les canons de l'Eglise déclaraient nul le mariage contracté entre une personne libre et un esclave, même lorsqu'il n'y avait pas eu erreur de la part de la première, si le mariage avait eu lieu sans le consentement du maître : c'était une application de la règle que les esclaves sont des choses et non des personnes et ne peuvent disposer d'eux-mêmes (cpr : c. 8. caus. 29. qu. 2.). Mais si le maître avait donné son consentement, l'union était parfaitement valable et indissoluble (c. 1, 2, 5, 8, caus. 29, qu. 2. — c. 1. X. *De conjunct.* sect. IV. 9.).

Toutefois, l'Eglise, ennemie nécessaire de l'esclavage, par ses principes sur l'égalité entre tous les hommes, alla bientôt beaucoup plus loin et, à l'encontre des lois civiles les plus formelles, elle établit que désormais l'union d'un esclave, contractée même à l'insu ou contre le gré du maître, serait parfaitement valable. Le mariage d'un esclave ne fut plus nul que dans un cas : celui d'une personne libre épousant un esclave qu'elle croyait libre. (X. *De conjug. serv.* IV. 9.). Il semble résulter d'un canon que, même dans cette hypothèse, le mariage n'est pas toujours nul : ce canon ordonne d'abord à l'époux libre de racheter son conjoint esclave et ce

n'est qu'autant qu'il se trouve dans l'impossibilité de faire ce rachat qu'on l'autorise à le quitter. « *Si quis ingenuus homo, uxorem ancillam alterius acceperit, et existimat quod ingenua sit, si ipsa fœmina fuerit postea in servitute detecta, si eam a servitute redimere potest, faciat ; si non potest, si voluerit, aliam accipiat..... Similiter et mulier ingenua de servo alterius facere potest* (c. 4. caus. 29. qu. 2.). Mais il est certain que cette distinction fut rejetée; les Décrétales d'Innocent III, d'Alexandre III, d'Urbain III, autorisèrent d'une manière absolue la demande en nullité (c. 2, 3 et *ult.* X. *De conjug. serv.* IV. 9.).

Les canonistes ont expliqué de plusieurs manières cet empêchement. Suivant Walter, cette règle est une concession faite par l'Eglise aux lois civiles et aux mœurs de l'époque. Mais cette concession ne s'explique pas; car l'Eglise, en admettant la validité du mariage contracté par l'esclave sans le consentement de son maître, laisse bien voir, au contraire, qu'elle entend donner l'exemple d'une voie nouvelle et libérale.

On a dit aussi que les canons de l'Eglise avaient entendu se conformer à la tradition du droit romain et, en particulier, reproduire la disposition de la Novelle 22 de Justinien. Mais il suffit, pour prouver le contraire, de faire observer que cet empêchement dirimant se retrouve dans des canons rendus à une époque où l'on ne connaissait pas encore le droit de

Justinien. En effet, la Novelle 22 est de l'an 536, et en 757, il fut dit au concile de Compiègne : « *Si francus homo accepit mulierem et sperat, id est existimat quod ingenua sit, et postea invenit quod non est ingenua, dimittat eam si vult, et accipiat aliam; similiter, si fœmina ingenua accepit servum, nec sciebat quod tunc servus esset, habeat interim quo vivit; una lex erit et de viris et fœminis* » (cpr : Pothier. Traité du mariage n° 311.).

Dans l'opinion de M. Schulte, le mariage est nul en pareil cas par la raison que cette *error conditionis* constitue une véritable *error in corpore;* dans tout mariage existent le droit et la possibilité à l'union des corps; c'est le devoir de tout époux de consentir à cette union. Mais les personnes libres peuvent seules faire cet acte de disposition. Celui qui épouse un esclave dont il ignore la condition est donc victime d'une erreur portant sur l'objet même de son consentement.

Nous répondrons toutefois que si l'Eglise avait établi cet empêchement pour ce motif, elle aurait dû aussi admettre, comme à l'origine, la nullité du mariage contracté par l'esclave sans le consentement de son maître. Si ce dernier mariage est valable, c'est que l'esclave, élevé à la dignité d'une personne par le droit canonique, peut se donner comme une personne libre.

Il nous semble qu'il vaut mieux dire tout simplement que l'Eglise, reconnaissant en fait la différence

qui existait dans la société entre la condition d'un esclave et celle d'un homme libre, supposant que la personne induite en erreur n'aurait pas contracté mariage, si elle avait connu la condition de son conjoint, a assimilé ce cas à celui d'une erreur sur la personne, alors qu'en réalité, il y avait seulement erreur sur une qualité. Cette erreur n'est pas, en général, assez importante pour autoriser une demande en nullité du mariage ; mais dans notre hypothèse elle a été jugée assez grave pour produire cet effet.

L'esclavage proprement dit ouvre seul cette nullité; il n'en est pas de même du servage ; le silence des textes du droit canonique sur ce point est décisif. De même, le mariage d'une personne libre avec une autre de même condition, mais qui passe pour être esclave, est parfaitement valable, car la découverte de l'erreur a pour effet d'améliorer, en fait, la position de cette personne; et, si son conjoint a consenti à s'unir avec elle, alors que tout le monde la croyait esclave, à plus forte raison aurait-il donné son consentement s'il avait su la vérité (*Glos. ad.* c. 6, c. 29. qu. 2.).

3. *Error qualitatis.*

43. — L'erreur sur une qualité n'exclut pas le consentement; on épouse la personne que l'on avait en vue, seulement elle manque de l'une des qualités que l'on croyait trouver en elle ; le consentement n'en a pas moins été donné, et cette erreur, tout à

fait accessoire, ne saurait suffire pour autoriser la demande en nullité du mariage; elle porte sur une condition purement accidentelle. Ces principes se trouvent dans les canons de l'Eglise (c. 29. qu. 1. — Arg. c. 25. X. *De jurejurando*, 2. 24.), et ils sont professés par tous les théologiens et les canonistes (Sanchez. L. 7, Disp. 18, n° 18 — de Nicollis. *Praxis canon.* II, p. 83. — Covarruvias. *De matrimonio.* Pars II, cap. 3, n° 4. — Gury. *Compend. theol. moral* (Ratisbonne 1853). *Tractat. de matrim.* p. 208, nos 1492 et 1493).

44. — Quelques auteurs toutefois, tout en s'inclinant devant les décisions des canons de l'Eglise, ont pensé que l'erreur sur une qualité de la personne devrait être suffisante pour entraîner la nullité du mariage; il en est même qui décident qu'une erreur sur une qualité quelconque peut produire cet effet, par cela seul que l'on établit que le consentement n'aurait pas été donné si l'erreur n'avait pas existé. Cette opinion a été émise surtout au seizième siècle, lors de la réformation, sous prétexte qu'il faut laisser à l'homme la liberté la plus absolue dans son choix, mais en réalité dans le but d'introduire une sorte de divorce déguisé au sein de l'Eglise (cpr : Schulte. *Loc. cit.* § 19.).

D'autres, sans se prononcer d'une manière aussi absolue, veulent que l'erreur sur une qualité engendre une cause de nullité dans trois cas : folie incurable, peine infamante, grossesse de la fiancée

par le fait d'un tiers; mais cette opinion ne peut se fonder sur aucun texte du droit canonique.

45. — S'il est vrai de dire que l'erreur sur une simple qualité ne vicie pas le consentement au point d'autoriser une demande en nullité, d'un autre côté, il importe de ne pas se tromper dans les applications de cette règle, et notamment de ne pas prendre pour une erreur sur une qualité de la personne ce qui constitue quelquefois une erreur sur la personne elle-même. Dans certains cas, en effet, telle qualité sert à distinguer une personne d'une autre, et alors l'erreur sur cette qualité est en même temps et forcément une erreur sur la personne. Saint Thomas d'Aquin a parfaitement précisé ce point délicat : « *Dicendum quod error nobilitatis in quantum non hujusmodi evacuat matrimonium, eadem ratione qua nec error qualitatis : sed si error nobilitatis vel dignitatis redundat in personam, tunc impedit matrimonium; unde si consensus mulieris feratur in istam personam directe, error nobilitatis ipsius non impedit matrimonium; si autem directe intendit consentire in filium regis, quicumque sit ille, tunc si alius præsentetur, ei quam filius regis, est error personæ, et impedictur matrimonium.* » (Qu. 52. art. 1-4.). Ainsi, épouse-t-on Paul, parce qu'on le croit noble, le mariage est valable, lors même que Paul n'aurait aucun titre de noblesse, car il s'agit d'une erreur sur une simple qualité de personne; au contraire, veut-on se marier avec le fils de tel roi, si l'on épouse Paul,

qui passe pour avoir cette qualité, le mariage est nul, car l'absence de cette qualité entraîne une erreur sur la personne.

Les tribunaux ecclésiastiques ont fait plusieurs applications de cette règle. Il nous suffira de rapporter deux exemples.

« *Vagus quidam,* nous dit Collet, *gallice* aventurier, *cultiori vestitu, eleganti forma, ingenio lepori et amœnitatis pleno, jactitabat se ex illustri familia oriendum ; et eo titulo frequens erat in domo viri nobilis, cui erat filia jam matura viro. Placuit utrique advena ; unde et ei nuptias spoponderunt, si genus suum probaret. Protulit ille ficta testimonia et celebratæ sunt nuptiæ. Comperta postmodum nominis novi fallacia, quæsitum est an valeret matrimonium.*» Le mariage fut déclaré valable, l'erreur n'ayant porté que sur une qualité de la personne. La *Congregatio concilii* rendit une sentence analogue dans le procès suivant :

Cassandra Lucri s'unit le 28 novembre 1798 avec Vincentius Venturi de Tarfa, lequel se faisait passer pour le fils d'Etienne de Valence. L'erreur découverte, Cassandra intenta une action en nullité de mariage, et la *Congregatio concilii* décida qu'il y avait lieu d'examiner si Cassandra avait voulu épouser le fils d'Etienne de Valence ou seulement un fils de bonne famille ; dans le premier cas seulement, l'erreur sur la qualité aurait entraîné erreur sur la personne ; mais comme on ne put pas établir qu'on

avait eu l'intention d'épouser le fils d'Etienne, le mariage fut déclaré valable par sentence du 27 mai 1820.

L'erreur sur la moralité de la personne n'est pas davantage une cause de nullité ; l'Eglise décide même, abstraction faite de toute erreur, *ut omnibus qui publicas mulieres de lupanari extraxerint et duxerint in uxores, quod agunt in remissionem proficiat peccatorum* (c. 14. c. 32. qu. 1. — Innocent III. Lib. 1, epist. 112).

De même, l'erreur sur l'état de santé de la personne que l'on épouse ne saurait autoriser une demande en nullité (X. *De conjug. lepros.* 4. 8.), à moins que cette maladie ne produise l'impuissance ; dans ce dernier cas, on peut invoquer la nullité du mariage en se fondant, non sur l'erreur, mais sur l'impuissance (Thibaut. Pand. § 405. — Lauterbach. *Colleg. theor. pract. Lib.* 23. tit. 2, § 95 à 102).

4. *Error fortunæ.*

46. — Cette erreur rentre dans la classe de celles que nous venons d'étudier ; elle porte seulement sur une qualité accidentelle de la personne ; aussi, quand on épouse une personne pauvre que l'on croit riche, le mariage n'en est pas moins valable. On ne voit pas pour quelle raison le droit canonique a soin de parler d'une manière spéciale de cette erreur, puisqu'elle ne diffère en rien des autres erreurs du même genre.

B. Des effets de l'erreur.

47. — Etant connues les différentes espèces d'erreurs, il nous reste à savoir quels en sont les effets. Les effets de l'erreur sont, en général, ceux de la violence. L'erreur constitue un empêchement dirimant du mariage. A proprement parler, elle rend le consentement inexistant ; aussi, les tribunaux saisis d'une demande en nullité prononcent moins cette nullité qu'ils ne constatent l'absence de mariage ; de même, après la découverte de l'erreur, une simple ratification ne suffit pas ; on exige une nouvelle manifestation du consentement dans les formes prescrites par les lois ecclésiastiques (Grat. caus. 29. qu. 1.).

48. — Avant de terminer cette matière, nous ferons remarquer qu'il n'y a pas lieu de s'occuper ici de l'impuissance, car en droit canonique l'impuissance formait un empêchement de mariage *sui generis*, et qui n'avait rien de commun avec l'erreur (1). De même, quand on épouse une personne que l'on croit par erreur catholique ou dont on ignore l'engagement dans les ordres sacrés, le mariage est encore nul, d'après les canons de l'Eglise, non pas à raison de l'erreur, mais parce que la dif-

(1) C'est seulement de nos jours, en présence du silence du code Napoléon, qu'on s'est demandé si le mariage contracté avec un impuissant n'entraîne pas une erreur de nature à le faire annuler.

férence de religion et l'engagement dans les ordres sacrés constituent des empêchements particuliers et dirimants.

SECTION III.

Du dol.

49. Le dol ne vicie pas le mariage.

49. — Le dol n'est pas une cause de nullité ; sans doute, il peut engendrer une *error personæ*, mais dans ce cas, si le mariage n'est pas valable, c'est moins à raison du dol qu'en vertu de l'erreur produite par ce dol. Le dol ne figure pas dans l'énumération des empêchements dirimants, comme nous l'avons déjà dit ; les canonistes le passent sous silence, ou bien, s'ils s'en occupent, c'est à propos de l'erreur (c. 18. X. *De sponsal. et matrim.*— c. 6. X. *De his quæ vi metusve* I. 40. — Schulte. *loc. cit.* § 22. — Sanchez. lib. 7, Disp. 18 n° 18). L'opinion de Thibaut (Pandectes, § 405), suivant laquelle tout *dolus causam dans*, même lorsqu'il porte sur la fortune, autorise à demander la nullité du mariage, se trouve suffisamment réfutée par les développements qui précèdent ; le dol par lequel on simule une fortune qui n'est pas réelle, produit seulement une erreur sur une qualité. D'ailleurs, le canon sur lequel s'appuie cet auteur (c. 26. X. *De sponsal.*) ne dit pas un mot du dol portant sur la fortune : il s'occupe, au contraire, du dol par lequel une personne se fait passer pour une autre.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU CONSENTEMENT.

50. — Le mariage est parfait par l'échange des consentements (1). Le droit canonique applique la règle du droit romain : *consensus non concubitus nuptias facit*. « Le mariage consiste plus dans l'union des esprits que dans celle des corps. » (Henrion. *Loc. cit.* n° 543.). Toutefois, si le seul échange des consentements suffit à partir du concile de Trente, il faut qu'il ait lieu suivant les solennités que nous connaissons.

51. — Cependant le mariage non consommé pré-

(1) *Quibus placuerit ex consensu ab usu carnalis concupiscentiæ in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur : into firmius erit, quo magis ea pacta secum inierint quæ cariùs concordiùsque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum.* » (*S[tus]. Augustinus. De nupt. et concup.* Lib. 1. cap. XI. — cpr : *apud Gratian. c. Beata Maria,* caus. 27. qu. 2. — *ib. c. conjux,* caus. 27. qu. 2.).

sente quelques particularités. Ainsi, les Décrétales, au titre *De conversione conjugatorum*, X. 3. 32. nous apprennent que le mariage valablement consenti, mais non consommé, peut être révoqué par la volonté d'une seule des parties, lorsque celle-ci veut entrer dans un monastère et y prononcer des vœux solennels. De même, le droit canonique ne fait résulter l'affinité (l'alliance), que de la consommation du mariage; lorsqu'un mariage est dissout avant cette consommation, il n'y a donc pas affinité entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; mais il n'en faudrait pas conclure que le mariage soit possible entre ces personnes, alors même qu'il aurait été prohibé dans le cas où l'alliance aurait existé; car, à défaut de l'empêchement résultant de l'affinité, il existe un empêchement d'honnêteté publique « lequel s'étend aussi loin que celui de l'affinité » (Pothier. Mariage, nos 151, 221, 222.).

III. ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

52. Conditions requises pour la validité du mariage. — 53. Du consentement des ascendants. — 54. Caractères du mariage dans notre ancien droit.

52. — Les conditions requises pour la validité du mariage sont assez nombreuses dans notre ancien droit, et l'absence de l'une d'elles entraîne, en règle générale, nullité du mariage, « attendu qu'il s'agit ici de la dignité d'un sacrement de l'Etat, de l'honneur des sujets du roi et de l'intérêt des familles. » (Ferrière, v° Mariage.) On exige :

1. Le consentement des parties contractantes ; c'est sur cette première condition que porteront nos recherches ;

2. La puberté chez l'homme et la nubilité pour la femme ; l'un doit avoir atteint sa quatorzième année, l'autre sa douzième année ;

3. La proclamation de trois bans à la paroisse de

l'un et de l'autre des conjoints, faite un jour de dimanche ou de fête ;

4. L'assistance de quatre témoins au mariage ;

5. La bénédiction nuptiale du curé ou du vicaire de l'un des conjoints ;

6. Le consentement des père et mère et celui des tuteurs ou curateurs pour les mariages des mineurs.

53. — Sous ce dernier rapport, notre ancien droit s'éloigne singulièrement du droit canonique. Malgré la disposition du concile de Trente qui frappait d'anathème ceux qui contestaient aux enfants le droit de se marier sans le consentement de leurs parents, Henri II, dans un édit de février 1556, prononça des peines sévères contre ceux qui se passaient de ce consentement. Cette nécessité du consentement des ascendants fut encore rappelée par des Ordonnances postérieures, et notamment par l'Ordonnance de Blois du roi Henri III, et par la Déclaration de Louis XIII (26 novembre 1639), qui fixa définitivement la majorité pour le mariage à 25 ans, sans distinction de sexe (cpr encore sur cette matière : Edit de mars 1697. Arrêt de Règlement du 27 août 1692. Pothier, Mar., nos 337 à 342.). Le mariage contracté par un mineur de 25 ans sans le consentement de ses parents était entaché de nullité (1).

(1) A partir de 25 ans, les enfants pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents en ce sens que le mariage était valable; mais ils devaient au moins demander conseil à

54. — Si notre ancien droit diffère sous ce dernier rapport du droit canonique, il faut pourtant constater que l'influence de l'Eglise s'était surtout fait sentir dans le mariage. Ce contrat était à la fois civil et religieux dans notre ancienne France ; contrat civil, car il était soumis aux ordonnances royales ; contrat religieux, car il se formait seulement par la bénédiction nuptiale. Nos anciens auteurs nous représentent le contrat civil et le sacrement unis d'une manière indissoluble. « Je ne prétends pas, dit Denisart, que les catholiques puissent valablement contracter un mariage en France, sans qu'il soit suivi de la bénédiction nuptiale ; sans le sacrement dont le propre curé est ministre, il n'y a pas de mariage ; ceux qui se contractent autrement n'ont aucun effet » (V° Mariage, n°s 9 et suiv.).

Il ne faudrait pas toutefois croire que cette union intime remonte à une époque fort reculée ; elle date seulement de l'Ordonnance de Blois de 1579 qui a

leurs parents ; s'ils ne se soumettaient pas à cette formalité ils subissaient la peine de l'exhérédation et d'autres déchéances pécuniaires. Par cela seul que ces enfants majeurs avaient requis le consentement de leurs parents, lors même qu'ils ne l'auraient pas obtenu, ils échappaient à ces peines. Cette règle ne souffrait qu'une exception : le fils majeur de 25 ans et mineur de 30, à la différence de la fille, restait soumis à la peine de l'exhérédation, même quand il avait requis le consentement de ses parents mais ne l'avait pas obtenu. Toutefois son mariage n'en était pas moins valable, et sous ce rapport, il différait du mineur de 25 ans (cpr : Pothier. Mariage, n°s 337 à 342.).

reproduit certaines dispositions du concile de Trente de 1545. Avant cette époque, on contractait valablement mariage selon le droit civil (et même selon le droit canonique avant le concile de Trente, comme nous l'avons vu), sans être obligé de recourir à l'Eglise ; sans doute, il était d'usage immémorial de faire bénir l'union par le prêtre ; mais cette solennité n'imprimait aucun caractère de validité au contrat ; de là le proverbe suivant :

« Boire, manger, coucher ensemble, est mariage ce me semble ». Mais, comme depuis l'Ordonnance de Blois il en fut autrement, pour que le proverbe ne se trouvât pas désormais incomplet, on ajouta : « Mais il faut que l'Eglise y passe » (Loysel. Inst. cout. Rég. 6, liv. 1, tit. 2.). Les dispositions du concile de Trente (nous l'avons déjà dit incidemment), n'ont, en effet, jamais été admises en France. Malgré les efforts de la Cour de Rome et du clergé, les rois refusèrent toujours de leur reconnaître force obligatoire (1). Mais les ordonnances royales reproduisirent la plupart de ses règles concernant la prohibition des mariages clandestins et la nécessité de

(1) « Tous les catholiques reconnaissaient et ont toujours depuis reconnu, que les décisions de ce concile sur le dogme, font la foi de l'Eglise ; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes sur un très-grand nombre de points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume. » (Pothier, Contrat de mar. 349.).

la bénédiction par l'Eglise. Quelques théologiens, « et autres auteurs, nous dit Pothier, qui voudraient concentrer dans le pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle », soutenaient que le mariage était un acte purement religieux et contestaient à la puissance séculière le droit d'intervenir; mais leur opinion était repoussée par tous les jurisconsultes et même par les théologiens les plus éminents (1).

Du reste, nos rois ne songèrent pas à déclarer le mariage contrat purement civil ; ils reconnurent, au contraire, au clergé le pouvoir de le former et de juger certains procès qui s'y rapportaient. Le mariage devint pour ainsi dire un contrat mixte, à la fois civil et religieux. Ainsi, le curé pouvait se refuser à célébrer le mariage pour les causes déterminées par le droit canonique, sauf le droit des parties, lorsqu'elles croyaient le refus du curé mal fondé, de s'adresser à l'official, et par appel, devant le métropolitain, ou, en cas d'abus, devant le Parlement (Arrêt du Parlement de Paris du 10 juin 1692); mais, d'un autre côté, les tribunaux ecclésiastiques étaient tenus d'exécuter aussi les ordonnances royales, aux termes d'un Edit de Henri IV du mois de décembre 1606. De plus, le Pape n'avait pas le droit d'accorder des dispenses contraires aux dispositions de la loi civile française, à moins que

(1) Voy. la discussion de cette question dans Pothier, nos 11 à 23, Traité du mariage.

le roi n'eût confirmé les dispenses par lettres patentes enregistrées.

Nous allons aussi retrouver ce mélange de droit canonique et de dispositions du pouvoir séculier dans notre matière de consentement au mariage.

CHAPITRE II.

FORMES ET EFFETS DU CONSENTEMENT.

55. Formes religieuses du mariage. — 56. De l'acceptation des consentements par le curé. — 57. Des mariages par procureur. — 58. Mariages des protestants. — 59. Formes des fiançailles. — 60. Effets du consentement au mariage.

55. — Les formes établies par le concile de Trente pour la célébration du mariage furent adoptées par les ordonnances royales de notre ancien droit. Henri III, le premier décida que le mariage ne se formerait plus par le seul échange des consentements et que la bénédiction de l'Eglise serait nécessaire (1) ; cette disposition de l'Ordonnance de

(1) L'Ord. de Blois, art. 44, défend « à tous notaires sur peine de punition corporelle, de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent. » On distinguait en effet les *sponsalia de præsenti* et les *sponsalia de futuro* ; les premiers étaient les promesses de s'unir actuellement ; par cela seul qu'elles étaient échangées, le mariage se formait, avant l'Ordonnance de Blois ; mais on avait coutume de les faire constater par notaire ; les secondes étaient les promesses de se marier plus tard, et elles formaient des fiançailles dans le sens véritable de ce mot ; dans ce dernier cas, le mariage datait du jour de l'échange des nouveaux consentements ou de la cohabitation, laquelle impliquait consentement tacite.

Blois de 1579, art. 40 et 44, fût ensuite renouvelée ou rappelée plusieurs fois par nos rois (Edit d'Henri IV du mois de décembre 1606. — Ordonnance du 26 novembre 1639. — Edit de mars 1697. — Arrêt de Règlement rendu pour la province d'Artois, le 23 avril 1707. — Déclaration du roi du 9 avril 1736.).

D'après ces lois, le consentement doit être donné en présence du curé des parties et de quatre témoins ; les prêtres ne peuvent célébrer de mariages qu'entre leurs paroissiens, à moins d'une permission spéciale du curé des contractants ou de l'évêque diocésain ; du reste, le vœu de la loi est suffisamment rempli lorsque la délégation, quoique donnée *à tout prêtre approuvé par l'ordinaire*, est spéciale au mariage à célébrer (cpr : Req. rej. 3 août 1865. S. 65. 1. 420. Bastia, 2 février 1857. S. 57. 2. 129.).

Quant au nombre de quatre témoins, il est exigé à peine de nullité. — On dresse un acte de la célébration du mariage sur un registre tenu à cet effet dans chaque paroisse.

Les rois eux-mêmes se soumettaient à ces règles. Ainsi, au mariage de Marie-Antoinette avec le Dauphin de France, plus tard Louis XVI, et célébré à Versailles dans la chapelle du roi, le 16 mai 1770, le grand-aumônier présenta les registres de la paroisse royale, apportés par le curé de cette paroisse, lequel avait assisté à toute la cérémonie (Denisart. V° Mariage, n° 52.).

56. — Il n'est pas nécessaire que les contractants prononcent des formules sacramentelles : il leur suffit de manifester leur consentement d'une manière quelconque. Mais ce serait une erreur de croire qu'on exige seulement pour la formation du mariage que les parties aillent trouver leur curé à l'église et lui déclarent leur volonté de se prendre pour mari et femme : il faut, de plus, que le curé accepte cette déclaration et célèbre le mariage. La Déclaration de 1739 porte que « le curé recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage suivant la forme pratiquée en l'Eglise. » Ainsi, le refus du curé de célébrer le mariage s'oppose d'une manière absolue à ce que le contrat se forme (1) ; seulement si la résistance du curé n'est pas fondée, on peut la vaincre en s'adressant aux tribunaux ecclésiastiques.

57. — La présence effective des parties à la célébration religieuse n'était pas indispensable : elles pouvaient s'y faire représenter par mandataires, par procureur, et les mariages ainsi contractés étaient

(1) Un arrêt de règlement du 5 septembre 1680 fait défense « à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer à l'avenir aucuns actes par lesquels les hommes et les femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femmes, sur les refus qui leur seront faits par les archevêques et évêques, grands-vicaires et curés de leur conférer le sacrement du mariage, à charge par lesdits prélats, leurs grands-vicaires et curés, d'en donner des actes par écrits qui contiendront les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis. »

parfaitement valables, pourvu que les conditions prescrites par la Décrétale de Boniface VIII fussent remplies (c. 9, X. *De procur.* 1. 19.). Ces conditions étaient au nombre de trois. Il fallait : que la procuration fût spéciale ; que le mariage fût contracté par le chargé de procuration lui-même, sans qu'il eût le droit de se substituer une autre personne ; que la procuration n'eût point été révoquée avant la célébration, même à l'insu du procureur.

Quand le mariage avait été célébré en présence de mandataires, il était d'usage de réitérer la cérémonie ; mais cette nouvelle solennité était tout à fait facultative et ne donnait pas au mariage une perfection qu'il avait déjà depuis la première célébration. Aussi, la cohabitation était-elle possible à partir de cette dernière époque et avant le renouvellement de la cérémonie (1).

58. — A partir de la révocation de l'Edit de Nantes, Louis XIV exigea la célébration du mariage par l'Eglise catholique, même à l'égard des protestants ; cette décision était d'autant plus inique que le consentement à se faire marier par un prêtre catholique impliquait de leur part abjuration du protestantisme (2). « Les mariages des huguenots,

(1) Pothier nous apprend qu' « Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consomma à Lyon son mariage avant la réitération de la cérémonie » (Mariag. n° 367.).

(2) Et s'ils retournaient ensuite à leur religion première, ils était punis comme relaps (Déclarations d'avril 1686, mai 1724 ;

quoique dépouillés des solennités requises par le concile de Trente, ne pouvaient autrefois être dissous, même par le consentement des parties ; mais *depuis que Louis XIV a réuni ses sujets en une même religion, ils sont obligés aux mêmes solennités que les catholiques Romains, sans lesquelles ils ne peuvent se marier valablement* » (Berthon. Décisions. V° Mariage). Ainsi, on les plaçait dans l'alternative ou de changer de religion ou de vivre en état de concubinage devant la loi.

Les protestants d'Alsace seuls échappaient à cette triste position : le libre exercice de la religion qu'ils professaient leur avait été réservé par les traités de Munster et d'Onasbruck (1).

59. — Ces solennités religieuses exigées depuis l'Ordonnance de Blois pour la validité des mariages n'étaient pas nécessaires lorsqu'il s'agissait de simples fiançailles. En droit, l'échange des consentements suffisait pour former les fiançailles. On se contentait même d'un consentement tacite ; c'est ainsi que l'absence de résistance de la part d'une fille qui se laissait fiancer par ses parents im-

déjà auparavant voy. Déclarations d'avril 1563 et de mars 1679).

(1) Toutefois, des édits de novembre 1680 et d'août 1683 portèrent défense, même dans cette province, de mariages entre catholiques et protestants ; cette défense fut levée pour l'Alsace par une Déclaration du roi du 15 mars 1778 (voy. Ord. d'Alsace, II, p. 873).

pliquait consentement tacite. Si l'Ordonnance de 1639, art. 7, exigeait la rédaction d'un écrit, en présence de quatre parents, c'était uniquement à titre de preuve. De même, il était d'usage de faire bénir les fiançailles par l'Eglise ; mais cette cérémonie était si peu obligatoire, que dans certains diocèses la bénédiction de l'Eglise n'était donnée qu'après la publication des bans, c'est-à-dire longtemps après la formation des fiançailles (1).

60. — Il nous reste, pour terminer ce chapitre, à indiquer rapidement les effets du consentement. Notre ancien droit avait à cet égard reproduit les principes du droit canonique. Une fois le consentement manifesté suivant les formalités prescrites et l'union prononcée par le prêtre, depuis l'Ordonnance de Blois, le mariage était parfait. La règle *consensus nuptias facit* était en vigueur, non-seulement dans

(1) Les fiançailles ne liaient pas irrévocablement les parties, mais cependant elles les engagaient d'une manière assez sérieuse pour ne pas laisser toujours au consentement exigé lors du mariage toute sa liberté, toute sa spontanéité. Ainsi, les fiançailles donnaient naissance, au profit de chacune des parties, à une action pour sommer l'autre d'exécuter sa promesse ; elles produisaient un empêchement prohibitif par suite duquel aucun fiancé ne pouvait se marier licitement avec une autre personne tant que ses fiançailles n'avaient pas été dissoutes ; enfin, lorsqu'un seul des contractants voulait dissoudre les fiançailles sans le consentement de l'autre, la rupture qu'il provoquait pouvait donner lieu à des dommages-intérêts, si elle n'était pas fondée sur des causes légitimes. Nous aurons occasion de revenir sur ce dernier point.

les pays de droit écrit, mais encore dans la plupart des coutumes. Cependant, dans certains pays de coutume, on exigeait, pour que le mariage produisît tous ses effets, quant aux personnes et quant aux biens, qu'il eût été physiquement consommé ; c'est dans ces coutumes qu'on appliquait la règle « qu'au coucher la femme gagne son douaire ». Mais, en dehors de ces provinces, on décidait que le mariage non consommé produisait tous les effets civils qui en étaient la suite, comme la communauté, dans les pays de coutume, et même le douaire (cpr : Ferrière. V° Mariage. — Duplessis, sur l'art. 220 de la cout. de Paris. I, p. 351 et suiv.).

Cette règle ne souffrait que deux exceptions : l'une relative au droit de chaque conjoint de faire dissoudre le mariage pour entrer dans un monastère ; l'autre concernant l'affinité qui résultait seulement de la consommation du mariage. Il nous suffit de rappeler ce que nous avons dit à cet égard en parlant du droit canonique dont les dispositions sur ce point étaient en vigueur dans notre ancienne France.

CHAPITRE III.

QUELLES SONT LES PERSONNES INCAPABLES DE MANIFESTER LEUR CONSENTEMENT.

61. Mariage de l'aliéné. — 62. Mariage du monomane, du sourd-muet, du faible d'esprit.

61. — Si toutes les législations sont obligées de poser en principe que, le mariage supposant le consentement des contractants, il faut être capable de manifester sa volonté pour pouvoir se marier, elles ne décident pas pourtant toutes de la même manière la question de savoir quelles sont les personnes incapables de faire connaître leur consentement.

Dans notre ancien droit, le mariage contracté par une personne incapable de consentir était nul; la bénédiction nuptiale ne couvrait pas ce vice radical (Rousseaud de la Combe. V° Mariage, 2e partie. — Ferrière. V° Mariage, p. 276.). Tel était le cas du mariage d'un aliéné. Cependant notre ancien droit reconnaissait comme valable l'union qu'il aurait contractée dans un intervalle lucide (« Privé de sens peut se marier dans les dilucides intervalles. » Rousseaud de la Combe. V° Mariage, 3e partie. — Denisart. V° furieux, n° 10.). En cas de contestation,

c'était à la partie qui plaidait pour la validité du mariage, à établir la preuve de l'existence d'un intervalle lucide au moment du contrat (Pothier. Mariage, n° 92).

62. — Le monomane pouvait aussi se marier. C'est bien de lui, en effet, que parle Pothier quand il dit : « On ne doit pas regarder comme une folie qui rend incapable de contracter mariage celle d'une personne dont l'imagination n'est blessée que sur un point, et qui, sur tout le reste, fait usage de sa raison, tel qu'était cet homme dont parle Horace :

> Fuit haud ignobilis Argis
> Qui se credebat miros audire tragœdos,
> In vacuo lætus sessor plausorque theatro,
> Cætera qui vitæ servabat munia recto
> More. »

De même, les sourds et les muets, et tous ceux qui sont atteints d'infirmités quelconques, sont capables de se marier, par cela seul qu'ils peuvent manifester leur consentement (Pothier. *Loc. cit.*, n° 93. — Arrêt du 16 janvier 1658, rapporté par Soëfve. — Claude Serres, sur le tit. *De nuptiis* aux Inst. — Denisart. V° Mariage, n° 19. — Despeisses, 1re partie, tit. 13, sect. 1, n° 1.). Lorsqu'il s'agit d'un faible d'esprit, il peut y avoir difficulté sur le point de savoir s'il est capable de volonté : dans ce cas, on fait appeler ses parents devant l'un des conseillers, afin qu'ils donnent leur avis sur son état (Despeisses, *Loc. cit.*, n° 4.).

CHAPITRE IV.

DES VICES DU CONSENTEMENT

SECTION I.

De la violence (et du rapt).

63. De la violence proprement dite : caractères qu'elle doit présenter pour autoriser l'annulation du mariage. — 64. Du rapt par violence.

63. — La violence n'est un empêchement dirimant de mariage qu'autant qu'elle réunit les conditions prescrites par le droit canonique. Ainsi, par exemple, il faut que la violence soit injuste. « C'est pourquoi, si un homme qui aurait abusé d'une jeune fille s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps, qu'elle aurait obtenu contre lui et qu'elle était prête à mettre à exécution, le mariage sera valable et cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence, car le décret de prise de corps obtenu contre lui était une voie de droit et non pas une violence *adversus bonos mores* » (Pothier. Mariage, n° 316). — De même, s'il

s'agit d'une crainte, il faut qu'elle porte sur un mal considérable ; on ne considère pas comme suffisante la menace que fait un père à son fils de l'exhéréder s'il n'épouse pas telle personne (Denisart. V° Mariage, n° 155, rapporte un procès sur cette question). La crainte révérentielle est envisagée comme en droit canonique ; elle ne s'oppose pas à la validité du mariage ; il n'en serait autrement qu'autant que les parents auraient employé une véritable violence, physique ou morale (1). Mais les seigneurs qui contraignent les pères ou tuteurs à donner leurs filles

(1) Cette question souleva un procès fort curieux qui fut plaidé au siècle dernier devant l'Official de Toul. Les deux parties demandaient la nullité du mariage pour cause de violence morale exercée par leurs parents. Le mariage avait été contracté entre M. de Pont, conseiller en la cour souveraine de Lorraine et Barrois et Mlle Alliot, fille du conseiller intime du roi Stanislas, alors duc de Lorraine. Ce prince n'était même pas étranger aux actes de violence morale, comme cela résulte de la manière la plus évidente, des pièces de la procédure. Aussi, malgré l'avis des jurisconsultes et des canonistes de l'époque, qui tous déclarèrent le mariage entaché de nullité, on eut les plus grandes difficultés pour le faire casser ; et même pendant un temps fort long, l'Official de Toul refusa purement et simplement de connaître de l'affaire. Les plaidoiries et consultations de cette singulière affaire ont été réunies en un volume, qui se trouve à la bibliothèque de Nancy, sous le titre : « Mariage forcé. » On n'a pas autorisé l'impression des passages où il est parlé du roi Stanislas.

On peut voir d'autres procès en nullité de mariage pour cause de violence dans Soëfve, tome I, cent. 3, ch. 74 (Arrêt du 29 mars 1651) ; dans les tomes 2 et 6 du Journal des audiences (arrêt du 11 mars 1660 ; arrêt du 7 janvier 1716).

ou pupilles en mariage à leurs gens, sont punis de la peine du rapt (Art. 281 de l'Ord. de Blois.).

64. — Nous retrouvons, dans notre ancienne législation, la violence particulière connue sous le nom de rapt ; mais notre ancien droit se montre plus sévère que les canons de l'Eglise. Aux termes de l'Ordonnance de 1639, art. 3, le mariage entre le ravisseur et la personne ravie est impossible tant que cette dernière se trouve sous la puissance du ravisseur, quel que soit l'âge de la fille ou de la veuve enlevée par violence, et lors même que les parents ou tuteurs consentiraient au mariage. Il faut, avant tout, qu'elle recouvre sa liberté ; alors, le mariage peut être contracté (art. 5 de l'Ord.). Mais cette union, célébrée cependant après la cessation de la violence, est valable *quoad fœdus* seulement, c'est-à-dire quant au lien indissoluble qui en résulte : elle ne produit pas les effets civils ordinaires des unions légitimes. La loi, dans le but de rendre ces mariages excessivement rares, punit même la personne enlevée qui contracte volontairement mariage avec son ravisseur. L'Ordonnance précitée porte, en effet, dans son art. 3 : « Et néanmoins, en cas que sous prétexte de majorité, elle donne un nouveau consentement après être mise en liberté, pour se marier avec le ravisseur, nous la déclarons, ensemble les enfants qui naîtront d'un pareil mariage, indignes de toutes successions directes et collatérales qui leur pourraient échoir sous quelque titre que

ce soit, conformément à ce que nous ordonnons pour les personnes ravies par subornation, et les parents qui auront assisté, donné conseil et favorisé lesdits mariages et leurs hoirs, incapables de succéder directement ou indirectement aux dites veuves, fils et filles. » Enfin, le roi, dans cette même ordonnance, va jusqu'à se retirer le droit de lever par des lettres de réhabilitation les incapacités prononcées contre ces personnes (1).

Les peines étaient bien plus sévères lorsque le mariage ne suivait pas le rapt : le ravisseur était condamnée à mort et ses biens confisqués ; ordre formel était donné aux procureurs généraux de poursuivre d'office, même en l'absence de toute plainte de la part des intéressés.

Il ne faut pas confondre avec le rapt dont nous parlons maintenant, celui que notre ancien droit désignait sous le nom de rapt de séduction et qui n'était pas admis par le droit canonique ; il en sera parlé à propos du dol.

(1) « Et afin qu'un chacun, porte l'Ordonnance, connaisse combien nous détestons toutes sortes de rapts, nous défendons très-expressément aux Princes et aux Seigneurs de nous faire instance pour accorder des lettres à fin de réhabiliter ceux que nous avons déclarés incapables des successions ; à nos secrétaires d'Etat de les signer, et à notre très-cher et féal chancelier de les sceller ; et à tous les juges d'y avoir aucun égard, en cas que, par importunité ou autrement, on en eut impétré aucuns de nous, voulant que nonobstant telles dérogations ou dispenses, les peines contenues en nos ordonnances soient exécutées. »

SECTION II.

De l'erreur.

65. Distinction entre l'erreur sur la personne et l'erreur sur de simples qualités de la personne. — 66. Du cas où l'on épouse par erreur un esclave ou un serf. — 67. Du mariage contracté par erreur avec un mort civilement. — 68 Du mariage consenti par erreur avec un épileptique.

65. — La distinction entre l'erreur sur la personne et l'erreur sur les simples qualités de la personne, se retrouve dans tous nos anciens auteurs; mais elle n'a été nettement formulée que par Pothier.

L'erreur sur la personne est un empêchement dirimant. « Il y a empêchement d'erreur lorsqu'on épouse une personne croyant en épouser une autre, par exemple, lorsqu'il y a fraude semblable à celle que Laban fit à Jacob en lui faisant épouser sa fille aînée au lieu de la cadette. » (Denisart. V°. Mariage, n° 108. — Pothier. Mariage, n° 308.). Mais l'erreur sur les qualités ne porte aucune atteinte à l'efficacité du mariage (Denisart, n°s 109 et 110. — Pothier. n° 314. *Loc. cit.*).

66. — Toutefois notre ancien droit admet à cette dernière règle, l'exception que nous avons déjà rencontrée en droit canonique : celui qui épouse par erreur une personne esclave peut faire annuler le mariage. Il en est de même, lorsqu'au lieu d'un esclave, il s'agit d'un serf de la glèbe.

Pothier nous dit que cette question est de pure doctrine de son temps, parce qu'il n'y a plus ni serfs, ni esclaves. Cette observation est juste à l'égards des serfs; car, s'il existe encore à cette époque, dans quelques provinces de la France, comme le Nivernais, le Bourbonnais, la Bourgogne, des personnes portant le nom de serfs, du moins, ce nom ne leur est donné que par rapport à certains devoirs, services ou corvées auxquelles elles sont sujettes envers leurs seigneurs; mais elles n'en sont pas moins libres et jouissent des droits et de l'état des personnes libres (Pothier. Mariage, n° 312.). Quant aux esclaves, la réflexion de Pothier n'est pas juste: il existait encore des esclaves dans nos colonies, et une erreur de ce genre pouvait se présenter en pratique (Denisart. V° Nègres, n°s 6 et 7.).

67. — On s'était demandé s'il ne fallait pas annuler le mariage contracté par erreur avec un mort civilement. « Cette erreur, dit Pothier, a beaucoup de ressemblance avec l'erreur sur la condition de servitude. En épousant une personne morte civilement que je crois jouir de son état civil, le mariage que j'ai l'intention et volonté de contracter, est un mariage qui a les effets civils, qui ne peut se contracter avec une personne morte civilement, de même qu'il ne pourrait se contracter avec un esclave. » Cependant, comme aucun texte n'autorisait à demander la nullité pour erreur de ce genre, on déclarait le mariage valablement contracté: mais

il est bien évident qu'à l'égard du mort civilement il ne produisait aucun effet (Pothier. Mariage, n° 313. Denisart. V° Mariage, n° 176.).

68. — La question était bien plus grave de savoir si le mal caduc ou épilepsie n'était pas une cause de nullité. Les uns se prononçaient pour la négative, et avec raison, car en réalité il ne peut être question que d'une erreur sur une qualité de la personne. D'autres admettaient la nullité du mariage, ou du moins se prononçaient par une distinction : la maladie se déclarait-elle après la célébration du mariage, en pareil cas, on ne pouvait demander la nullité, à cause de la bonne foi de l'époux malade qui, au moment du mariage, se trouvait dans l'impossibilité de prévoir ce malheur; seulement, à défaut de l'annulation du mariage, on autorisait une demande en séparation de corps; l'épilepsie était-elle antérieure au mariage, le conjoint induit en erreur pouvait demander la nullité. On prétendait que dans cette dernière hyphothèse, il y avait véritablement erreur sur la personne; mais on ne le prouvait certainement pas. « L'erreur, disait Denisart, étant mise au nombre des empêchements dirimants, dans la présente hypothèse, *on peut dire qu'il y a eu erreur relativement à la personne épousée,* puisque la femme croyait et devait croire qu'elle se mariait à un homme tel qu'en général on présente le commerce de la vie, à un homme enfin avec lequel la société conjugale serait entretenue, tandis qu'au contraire

par cette dissimulation criminelle du mari, cette même société conjugale ne peut avoir lieu. En effet, quelle femme pourra se résoudre à partager sa couche avec celui qui d'un moment à l'autre fera du lit nuptial un objet d'horreur, d'effroi et de saisissement mortel » (V° Mariage, n° 112.).

SECTION III.

Du dol et du rapt de séduction.

69. Du dol. — 70. Du rapt de séduction. — 71. Contre quelle personne la séduction doit être dirigée. — 72. Conditions requises pour qu'il y ait rapt de séduction. — 73. Abus qui s'étaient introduits en Bretagne et dans les ressorts d'autres Parlements : Déclaration de 1730.

69. — Notre ancien droit distingue soigneusement le dol de la séduction. Le dol proprement dit ne cause pas la nullité du mariage. « Ainsi, dit Pothier, mon mariage n'est pas nul, quand j'ai épousé Marie qui, par dol, s'est fait passer pour noble, honnête, sans tache, quoiqu'elle fût roturière, courtisane, flétrie par la justice. »

70. — Mais la séduction est beaucoup plus grave : on la considère comme un véritable rapt. Nous avons vu, en effet, que nos anciens auteurs distinguent deux espèces de rapts, le rapt par violence et le rapt par séduction.

On peut définir le rapt par séduction, l'emploi de mauvais artifices pour engager un mineur de l'un ou de l'autre sexe à consentir au mariage.

A la différence du rapt par violence, la séduction peut être commise aussi bien par une femme vis-à-vis d'un homme, que par un homme à l'égard d'une femme ; et même, « la séduction, porte le préambule de la Déclaration du 22 Novembre 1730, la séduction qui vient du sexe faible est souvent la plus dangereuse. »

71. — Dans tous les cas, la séduction doit être dirigée contre un mineur, c'est-à-dire contre une personne âgée de moins de 25 ans (Art. 42 de l'Ordonnance de Blois). Il ne peut être question de séduction qu'à l'égard des personnes qui, par la faiblesse de leur âge, ne peuvent résister aux piéges qu'on leur tend : elles méritent toute la protection des lois. Mais cette protection est refusée à celles qui, par leur âge et leur expérience, sont en état d'éviter le danger.

On présume même la séduction, quand il s'agit du mariage d'un mineur qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur; en pareil cas, la présomption est de droit, de sorte que sur l'appel d'abus interjeté par les père et mère, tuteur ou curateur, les parlements sont obligés de prononcer la nullité du mariage. La séduction n'est, au contraire, jamais présumée à l'égard des majeurs, à moins qu'elle n'ait commencé en minorité et que le mariage contracté en majorité ne puisse être considéré comme une suite de cette séduction.

72. — D'un autre côté, même à l'égard des mineurs, tout entretien ou commerce immoral ne saurait être envisagé comme un rapt de séduction ; il faut que les artifices aient pour but le mariage, et soient dirigés à la fois contre le mineur et les parents (*raptus in virginem, raptus in parentes*). Deux circonstances caractérisent le rapt de séduction : séduction du mineur, ordinairement de la fille ; surprise faite à la vigilance des parents. L'Ordonnance de Blois, art. 42, après avoir dit que les ravisseurs sont ceux qui ont suborné les mineurs, ajoute « contre le gré, sçu, vouloir..... des père et mère. » Ainsi, point de rapt *in virginem*, si la jeune fille n'a pas été séduite, n'a pas suffisamment résisté ; point de rapt *in parentes*, si ceux-ci sont coupables de n'avoir pas assez surveillé la conduite de leur fille. (Voy. des affaires de rapt de séduction où ces principes ont été appliqués : Desmaisons. Lettre R. — Soëfve, cent. 3, chap. 23. — Causes célèbres de toutes les cours souveraines du royaume, Paris, tome IX, année 1775, 19e cause.)

La peine prononcée contre le ravisseur, en cas de rapt de séduction, comme dans celui de rapt par violence, était la mort (Edit de 1556. — Art. 41 et 42 de l'Ord. de Blois de 1579 ; Décl. du 26 Novembre 1639.).

73. — Mais, en Bretagne, malgré les textes précis des ordonnances, on avait confondu le rapt de séduction avec tout commerce criminel. Il en était

résulté de graves abus. Sur la seule plainte d'une fille qui prétendait avoir été subornée, et la preuve d'une simple fréquentation, on condamnait le coupable au dernier supplice ; toutefois, il pouvait échapper à la mort en consentant à épouser celle qui se disait la victime de ses séductions. Les filles usaient largement de ce moyen scandaleux de trouver des maris ; une fois la condamnation prononcée, celle qui se prétendait séduite (en réalité elle avait peut-être provoqué la séduction), consentait à épouser le coupable ; celui-ci, dans la crainte de la mort donnait son consentement, et alors, un commissaire du Parlement le conduisait à l'église, les fers aux pieds, et là « sans publication de bans, sans le consentement du propre curé, sans la permission de l'Evêque, et par la seule autorité du juge séculier, se consomme un engagement dont la débauche a été le principe et dont les suites, presque toujours tristes, ont rendu cette jurisprudence odieuse à ceux mêmes qui la suivent sur la foi de l'exemple de leurs pères » (Préambule de la Déclaration de 1730).

Dans beaucoup d'autres Parlements, le même abus se pratiquait ; seulement, alors qu'en Bretagne le mariage avait lieu après la condamnation, au contraire, ces Parlements commençaient par ordonner le mariage comme moyen d'éviter cette condamnation.

La Déclaration de 1730 mit un terme à ces scan-

dales. Elle distingua soigneusement le commerce illicite du rapt de séduction. Dans le premier cas, elle permit aux juges d'appliquer telles peines qu'il appartenait, selon les circonstances ; dans le second cas, la peine était toujours la mort, sans que les magistrats aient eu le droit de relever le coupable de cette condamnation sous la condition d'épouser la personne subornée, et alors même que cette dernière, ses père et mère ou tuteur auraient consenti au mariage.

CHAPITRE V.

DE L'ACTION EN NULLITÉ POUR CAUSE DE VIOLENCE OU D'ERREUR.

74. Des vices absolus et des vices respectifs. Qui peut demander la nullité pour cause d'erreur ou de violence. — 75. Juridictions compétentes pour juger ces affaires. — 76. Juridictions compétentes pour les nullités de mariage des protestants. — 77. Moyens de preuve. — 78. Durée de l'action en nullité.

74. — Nos anciens jurisconsultes distinguent entre les vices absolus et les vices respectifs. Ces derniers sont ceux qui résultent du défaut de consentement des parents et de la violence ou de l'erreur dans le consentement de l'une des parties (Pothier. *Loc. cit.*, n° 444). Lorsqu'il s'agit d'un vice absolu, chacune des parties peut demander la nullité du mariage ; au contraire, si le vice est respectif, la partie dont on a violé les droits peut seule intenter l'action. Ainsi « lorsque le consentement de l'une des parties à son mariage a été extorqué par violence ou par séduction, il n'y a que cette personne qui soit reçue à intenter l'action en cassation de mariage ;

l'autre partie n'y est pas recevable » (Pothier. *Loc. cit.*).

75. — La demande en cassation est portée devant la juridiction ecclésiastique. C'est l'official qui prononce la nullité; il y aurait abus si l'évêque prenait connaissance de l'affaire (Edit de décembre 1606, art. 12; Edit de 1695, art. 34.). On a dessaisi, pour ce cas, les juridictions ordinaires, parce que le mariage n'est pas seulement un contrat civil, mais aussi un sacrement et que l'un et l'autre sont unis d'une manière indissoluble depuis les ordonnances royales qui ont introduit en France des dispositions analogues à celles du concile de Trente sur les mariages clandestins.

Du reste, l'official était juge seulement de la validité du mariage; toute autre question lui échappait. Ainsi, il n'aurait pas pu statuer sur une demande en dommages-intérêts, accessoire à la demande en nullité de mariage. De même, le juge séculier était encore compétent quand on contestait, non plus la validité, mais l'existence même du mariage. Enfin, c'était encore au juge séculier qu'il fallait s'adresser si la nullité du mariage était demandée par les parents pour défaut de consentement de leur part; dans ce cas, en effet, le mariage était valable devant l'Eglise qui n'exigeait pas le consentement des parents; ceux-ci étaient obligés de s'adresser au juge séculier par voie d'appel comme d'abus de la célébration de mariage (cpr : Pothier. Mariage, n° 459.).

Si la sentence de l'official paraissait contraire aux ordonnances royales ou aux canons de l'Eglise, on pouvait interjeter appel comme d'abus à la Grand'-Chambre du Parlement, à laquelle la connaissance des abus avait été spécialement attribuée par des ordonnances royales. Lorsque le procès passait ainsi par ces différentes juridictions, on disait que la partie agissait par la voie ordinaire. On pouvait, en effet, aussi agir par la voie extraordinaire qui était beaucoup plus rapide et dessaisissait complétement le juge ecclésiastique du litige : on interjetait directement, et sans passer par l'official, appel comme d'abus devant le Parlement, de la célébration du mariage que l'on attaquait comme contraire aux ordonnances royales ou aux canons de l'Eglise.

76. — Quand il s'agissait d'un mariage de protestants, un article secret de l'Edit de Nantes en réservait la connaissance au juge royal ; et même après la révocation de cet Edit, on eut toujours le moyen d'échapper à la juridiction de l'official, en saisissant directement le Parlement par la voie extraordinaire de l'appel comme d'abus. En Alsace, où les protestants jouissaient du libre exercice de leur religion, même après la révocation de l'Edit de Nantes, la question fut toujours discutée de savoir quelle était la juridiction compétente. Il existe bien un arrêt du Conseil souverain d'Alsace qui reconnaît aux consistoires le droit de connaître des causes matrimoniales entre protestants (du 18 mars 1717. Ord.

d'Alsace I. p. 493.) ; mais, plus tard, par un arrêt postérieur, le même Conseil décida que les consistoires ne pourraient jamais casser les mariages des protestants (1) (Arrêt du 27 juin 1722. Ord. d'Alsace. I. 570.).

77. — Dans une demande en nullité de mariage pour cause d'erreur ou de violence, tous les moyens de preuve sont admis, à la différence de ce qui avait lieu pour d'autres cas où l'on n'autorisait que la preuve littérale (Pothier. Mariage, n° 456 et suiv.).

78. — Quant à la durée de l'action en nullité pour erreur ou violence, elle n'était limitée par aucun délai ; toutefois, certains faits, comme, par exemple, une cohabitation volontaire et continuée

(1) En droit, la question n'était pas douteuse. Tous les droits des protestants ayant été réservés par les traités de Munster et d'Osnabruck, les consistoires devaient demeurer compétents pour juger ces questions comme par le passé. Il paraît toutefois que le roi Louis XIV s'inquiétait peu de ces stipulations, car à la date du 24 février 1692, il faisait écrire par M. de Barbézieux, secrétaire d'Etat, la lettre suivante aux magistrats de Strasbourg : « Messieurs, j'ai reçu votre lettre du 13 de ce mois. J'avais dit au sieur Klinglin, lorsqu'il me remit celle dont vous l'aviez chargé, de vous déclarer que le roi vous imposait silence sur ce qui regarde les affaires matrimoniales et ne voulait point que l'on cassât aucun mariage comme vous faisiez ci-devant. Ce que m'ayant promis de vous expliquer à son retour, j'avais cru qu'il était inutile de vous en écrire ; à quoi j'ajouterai maintenant que si Sa Majesté apprenait que vous contrevinssiez à ce qui est de sa volonté, Elle vous ferait bientôt sentir ce que c'est que de lui désobéir » (Ord. d'Alsace. I. p. 576.).

après la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, couvraient la nullité du mariage. La question de savoir quels étaient ces faits, était abandonnée à l'appréciation des juges.

IV. DROIT INTERMÉDIAIRE.

79. Caractère nouveau du mariage. — 80. Conséquences exagérées du principe que le mariage se forme par le seul consentement : art. 7, tit. 2, Const. des 3-4 Sept. 1791 ; lois des 20-25 Sept. 1792. — 81. Silence de la loi à l'égard des vices du consentement. — 82. Formes du consentement : prohibition du mariage par procureur.

79. — Nous venons de voir que, dans notre ancienne France, la royauté avait, en général, admis pour le mariage les principes des canons de l'Eglise. Les ordonnances royales en avaient, sans doute, modifié ou complété quelques points ; ainsi, elles avaient subordonné la validité du mariage au consentement des père et mère (Pothier. Mariage, n° 321 à 336.) ; elles avaient privé de tous effets civils les mariages *in extremis* et les mariages contractés par les morts civilement, tout en reconnaissant la validité du lien dans les deux cas (Pothier. *Loc. cit.*, n° 426 à 436.). Mais enfin le mariage était toujours resté à la fois un contrat et un sacrement, et nous avons même vu que si le concile de Trente n'avait pas été suivi en France, du moins un grand

nombre de ses dispositions avaient été reproduites par les ordonnances royales.

La révolution française a complétement modifié cet état de choses ; elle a sécularisé le droit et enlevé au clergé toute immixtion dans les actes de la vie civile. Le mariage est devenu un contrat purement civil. Ce principe est formellement posé par l'art. 7 du titre 2, de la Constitution des 3-14 septembre 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil ».

80. — Mais on exagéra les conséquences de ce principe ; on assimila le mariage à tout autre contrat civil et le divorce fut admis avec une incroyable facilité. La loi des 20-25 septembre 1792 « considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte », réglementa cette institution nouvelle d'une manière complète. Non-seulement le divorce fut autorisé pour des causes déterminées, mais on décida même que l'un des époux pourrait le faire prononcer « sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère » (art. 1 du § 1 de la loi). Cette disposition nous montre bien quelle était la démoralisation de l'époque (1). De même que le

(1) D'un autre côté, cette loi, si facile sous un rapport, se montrait d'une rigueur extrême envers les époux que des scrupules de conscience éloignaient du divorce : elle leur refusait le bénéfice de la séparation de corps qui avait été abolie probable-

consentement suffit pour former le mariage, de même il suffit pour le dissoudre ; ou, pour mieux dire, on n'exige même pas, dans ce dernier cas, la réunion des deux consentements ; la volonté d'un seul suffit (cpr : art. 1 et suiv. du § 2 de la loi). « Epoux fatigués de votre joug, allez devant six parents et amis ; s'ils ne vous concilient pas, un mois après, ou deux mois dans le cas où vous auriez des enfants, présentez-vous devant l'officier de l'état civil avec le certificat de non conciliation; il rédigera votre acte de divorce dans la même forme que votre acte de mariage ; le bail est rompu, rien n'a été fait » (Laferrière. Hist. du droit français.). Du reste, les époux divorcés pouvaient se reprendre ou même convoler immédiatement en secondes noces avec une autre personne. La loi de 1792 défend, il est vrai, aux époux divorcés de contracter avec d'autres un nouveau mariage avant l'expiration d'un an depuis le divorce lorsqu'il a été prononcé sur le consentement mutuel ou par simple incompatibilité d'humeur ; mais, des textes postérieurs permettent au mari de se remarier immédiatement, et à la femme au bout de dix mois, à moins qu'elle n'accouche avant ce terme, auquel cas elle peut aussi se remarier de suite (Décret des 8-16 nivôse an II, art. 3. — Décret des 4-9 floréal suivant, art. 7).

ment par la seule raison qu'elle était admise dans l'ancien droit (art. 7 du § 1 de la loi).

81. — A la même date des 20-25 septembre 1792 fut rendue une seconde loi qui s'occupa des actes de l'état civil et détermina dans son titre 6 quelles seraient les règles du mariage devenu contrat civil depuis la Const. de 1791.

Cette loi ne contient que des dispositions générales concernant les qualités et conditions requises pour contracter mariage, les oppositions, les formes du mariage. A l'égard du consentement, elle se borne à poser en principe que « ceux qui sont incapables de consentement ne peuvent se marier » (art. 12 de la section 1 du titre 4) ; du reste, les questions de nullité pour cause de violence ou d'erreur n'avaient pas une grande importance sous une législation qui autorisait le divorce avec une déplorable facilité (1).

82. — Au contraire, la loi est plus complète sur les formes suivant lesquelles le consentement doit être manifesté. Ces formes sont encore plus simples que celles de la loi actuelle. En présence de quatre témoins et dans la salle publique de la maison commune, le mariage est contracté par la déclaration que chacune des parties doit faire à haute voix en ces termes : « Je déclare prendre (le nom) en mariage.»

(1) Cependant on conçoit qu'un époux ait intérêt à demander la nullité du mariage par préférence au divorce, car, dans le cas où la nullité est prononcée, on considère le mariage comme n'ayant jamais existé, tandis que le divorce n'anéantit pas l'union pour le passé.

Après cette déclaration, l'officier public, *en présence* des parties et des témoins, prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage (art. 1 à 7 de la section 4, tit. 4). Le mariage par mandataire n'est donc plus possible à partir de cette époque : la loi exige, en termes formels, la présence des parties.

SECONDE PARTIE.

CODE NAPOLÉON.

SECONDE PARTIE.

CODE NAPOLÉON.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

83. Introduction. — 84. Divisions du sujet. — 85. Disposition de l'art. 146. — 86. Autres articles du code dont l'objet est d'assurer la liberté et la sincérité dans le consentement.

83. — Le mariage est certainement le contrat qui, par son importance et sa gravité, se recommande le plus à la sollicitude du législateur ; c'est l'union de deux êtres par des liens que rien ne saurait rompre dans la suite ; c'est le fondement de la famille et de la société, car la société se constitue par l'agrégation des familles.

Deux grands intérêts se trouvent donc en présence

dans le mariage : celui des futurs époux et celui de la société.

Dans l'intérêt des époux, le législateur a écrit la plupart de ces dispositions, relatives au consentement, qui feront l'objet de cette étude et notamment celles qui concernent l'erreur et la violence ; mais il ne faudra jamais oublier dans l'examen des difficultés de cette matière, qu'à côté de l'intérêt particulier des époux se trouve celui de la société ; tous deux sont également respectables ; aussi ne doit-on pas sacrifier l'un à l'autre. Ainsi, on a souvent oublié que, quand un époux réclame l'annulation d'un mariage, à raison d'une erreur plus ou moins grave dont il a été victime de la part de son conjoint, l'intérêt de cet époux se trouve en contradiction avec celui de la société qui est, d'après l'esprit du code Napoléon, d'établir une grande fixité dans le mariage.

84. — Pour embrasser notre sujet dans toutes ses parties, nous nous demanderons successivement :

Quelles sont les personnes capables ou incapables de consentir au mariage ?

A quel moment se donne le consentement ?

En quelle forme ?

Quels sont les effets de ce consentement ?

Dans quel cas le consentement se trouve entaché de vices ?

Quel est l'effet de ces vices ?

Mais avant d'aborder chacune de ces questions, il importe de placer quelques idées générales.

85. — Si le consentement forme une condition essentielle de toute convention, c'est surtout dans le mariage, comme nous l'avons déjà dit, qu'il faut l'exiger avec plus de solennité et de certitude à raison de la nature même de ce contrat qui lie deux personnes l'une à l'autre jusqu'au tombeau. « Le mariage, disait Portalis, dans son exposé des motifs au Corps législatif, quels que soient les contractants, mineurs ou majeurs, suppose leur consentement. Or, point de consentement proprement dit sans liberté ; requise dans tous les contrats, elle doit surtout être entière et parfaite dans le mariage ; le cœur doit pour ainsi dire respirer sans gêne dans une action à laquelle il a tant de part ; ainsi, l'acte le plus doux doit être encore le plus libre » (séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI).

C'est le principe que pose l'art. 146 en termes formels :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

Telle n'était pas toutefois sa rédaction primitive. A l'origine, notre article portait : « le mariage n'est pas valable si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. Il n'y a pas de consentement : 1) s'il y a eu violence ; 2) s'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait l'intention d'épouser ; 3) s'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a eu recouvré sa pleine liberté » (art. 4 du

projet). Après une première discussion, cet article fut modifié de la manière suivante : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ; il n'y pas de consentement, lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne ». Enfin, on n'a pas encore trouvé que cette rédaction fût satisfaisante, et dans une dernière séance on décida que l'on se bornerait à poser le principe ; de là, notre article avec sa rédaction actuelle (Locré. Esprit du code civil. II, p. 53. — Locré. Législ. civ. IV, p. 323.).

86. — A côté de cet article fondamental de notre matière, nous rencontrons encore dans le code d'autres dispositions qui, sans se rapporter directement au consentement des époux, ont cependant aussi pour objet d'en assurer la liberté et la sincérité.

C'est ainsi que le code Napoléon ne s'est pas contenté d'une manifestation quelconque du consentement, même tacite : il a voulu que le consentement fût donné d'une manière solennelle et régulière. « Le mariage, disait encore Portalis, soumet les conjoints à de grandes obligations envers ceux à qui ils donnent l'être. Il faut donc que l'on puisse connaître ceux qui sont tenus de remplir ces obligations. Les unions vagues et incertaines sont peu favorables à la propagation. Elles compromettent les mœurs, elles entraînent des désordres de toute espèce. Cependant, qui garantirait la sûreté des mariages si, contractés obscurément et sans précaution légale, ils ressemblaient à ces unions passagères et

fugitives que le plaisir produit et qui finissent avec le plaisir.... Ces importantes considérations ont déterminé le législateur à établir des formalités capables de fixer la certitude des mariages et de leur donner le plus haut degré de publicité. » Le législateur a-t-il atteint le but qu'il se proposait? L'affirmative est douteuse, et l'on ne peut oublier l'observation du premier Consul qui, après avoir entendu la lecture du projet sur les formalités du mariage, faisait observer que « tout cela est bien sec ».

De même, la loi ne se borne pas à exiger le consentement des futurs époux; il faut encore que ceux-ci aient obtenu le consentement de leurs parents quel que soit leur âge ; seulement, avant d'avoir atteint 21 ou 25 ans, suivant le sexe, ils ne peuvent se passer de ce consentement, tandis qu'après cet âge, il leur est permis de se marier malgré l'opposition de leurs parents, à la condition de leur avoir préalablement notifié un ou plusieurs actes respectueux. Les raisons qui ont motivé ces dispositions sont nombreuses ; le législateur les a introduites autant dans l'intérêt des parents qu'en faveur des enfants ; mais enfin, on ne peut nier que le consentement des ascendants est aussi exigé pour éclairer les enfants, les protéger contre les dangers des passions.

Enfin, lorsque le code Napoléon a fixé à 18 ans pour les hommes et à 15 ans pour les femmes, l'âge avant lequel on ne peut contracter mariage, il s'était sans doute entouré et tenait compte des expériences

de la science médicale ; il avait pensé toutefois aussi que le mariage étant d'une influence décisive sur la vie, plus on s'éloignerait de l'âge de l'enfance, plus on pourrait obtenir des futurs époux un consentement mûr et réfléchi.

La jurisprudence s'est pénétrée de cet esprit, et, entrant dans la même voie, les tribunaux ont toujours protégé le consentement des futurs époux d'une manière spéciale, écarté tout ce qui était de nature à porter atteinte à sa liberté. C'est ainsi que les tribunaux ont toujours annulé les promesses de mariage, les clauses pénales stipulées pour le cas où l'un des deux futurs époux viendrait à se dédire, les promesses d'honoraires au profit du tiers chargé de négocier un mariage. Nous aurons, du reste, occasion de revenir en détail sur chacune de ces questions.

CHAPITRE II.

QUELLES PERSONNES PEUVENT MANIFESTER UN CONSENTEMENT VALABLE AU MARIAGE ? (1)

87. Principes de la matière. — 88. Le sourd-muet peut-il consentir au mariage? — 89. Du mariage de l'aliéné non interdit. — 90. L'aliéné frappé d'interdiction peut-il consentir valablement au mariage pendant ses intervalles lucides? — 91. Mariage de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.

87. — Les personnes incapables de consentir ne peuvent contracter mariage ; toute personne qui peut consentir est capable de se marier, à moins d'une disposition formelle de la loi ; c'est là un double principe sur lequel tout le monde est d'accord. Mais lorsqu'on arrive aux applications, il est certaines personnes à l'égard desquelles des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si elles peuvent manifester un consentement valable.

(1) Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir quelles sont les personnes capables ou incapables de contracter mariage : cette dernière est beaucoup plus étendue et dépasse les limites de notre sujet.

88. — Ainsi l'on s'est demandé si un sourd-muet peut contracter mariage. Nous avons vu que dans notre ancien droit l'affirmative n'était pas douteuse (Pothier, 93. — Arrêts du Parlement de Paris du 16 janvier 1658 et du 26 juin 1776.—Soëfve, II. cent. 1. chap. 82.). L'art. 3 du projet du titre du mariage portait une disposition contraire : « Sont incapables de contracter mariage : .... 2. les sourds-muets de naissance, à moins qu'il ne soit constaté qu'ils sont capables de manifester leur volonté. » (Locré, IV, p. 312.). Mais, lorsque la discussion s'ouvrit au sein du Conseil d'Etat, dans la séance du 26 fructidor an IX, on décida la suppression de cette disposition. Le Consul Cambacérès fit remarquer que l'objet de cet article étant, en réalité, de ne déclarer les sourds-muets incapables qu'autant qu'ils ne pourraient manifester leur consentement, il se confondait avec l'art. 4 (art. 146 actuel).

Les sourds-muets sont donc capables de consentir au mariage; il leur suffit de faire connaître leur volonté d'une manière certaine. Quant au mode suivant lequel ils doivent manifester leur consentement, il avait été dit dans la discussion de la loi qu'il serait déterminé par une disposition du titre de la célébration du mariage ; mais on a eu le tort de ne pas donner suite à ce projet (Locré. Esprit du code Napoléon, I, p. 234 à 237.). Une décision du ministre de la justice a tracé les règles à observer pour s'assurer de la volonté et du degré d'intelligence des

sourds-muets (Gillet, Circulaires et décisions ministérielles, p. 214.) ; mais il n'est pas moins certain qu'une manifestation quelconque de volonté suffit même de la part du sourd-muet qui ne sait lire, ni écrire (Paris, 3 août 1855. S. 56. 2. 443. — Toulouse, 26 mai 1824. D. 24. 2. 125.). C'est l'officier de l'état civil qui doit apprécier la valeur et rechercher la signification des signes exprimés par le sourd-muet. Si la volonté de ce futur époux paraît douteuse, l'officier de l'état civil devra se refuser à la célébration du mariage, et l'affaire, en cas de contestation , pourra être portée devant les tribunaux. De même, toutes les fois qu'il s'élèvera une question sur la validité du mariage d'un sourd-muet, les tribunaux la décideront par l'examen des faits, et se demanderont si, lors du mariage, le sourd-muet a donné des signes bien certains de consentement.

C'est qu'en effet, les sourds-muets ne jouissent pas toujours de l'intégrité de leurs facultés intellectuelles. On n'ignore pas que le développement de l'intelligence est singulièrement retardé chez les personnes atteintes de cette infirmité. Certains auteurs ont même soutenu que le soud-muet privé d'instruction ne diffère guère de l'idiot (Itard, Traité des maladies de l'oreille et de l'audition II. Note de la page 197.) ; nous ne pouvons toutefois partager cette manière de voir qui nous paraît inexacte, car, à la différence de l'idiot, le sourd-muet peut recevoir une éducation complète. Cette éducation, il est vrai,

sera toujours longue et pénible. Aussi serait-il à désirer que le législateur, sans interdire le mariage aux personnes atteintes de cette infirmité, déterminât pour elles, un âge spécial et plus avancé que celui de 15 ou 18 ans, et s'assurât de leur consentement par des formalités particulières (1).

89. — Si la question du consentement des sourds-muets paraît difficile à résoudre en fait, combien l'est plus encore celle du consentement des aliénés.

Que l'aliéné non interdit puisse se marier, cela n'est pas douteux ; seulement, la question de savoir s'il avait sa raison au moment du mariage pourra être soulevée devant les tribunaux. Pour faire maintenir un pareil mariage, il faut que l'aliéné se soit trouvé dans un intervalle lucide au moment de la célébration. Or, rien n'est plus difficile à distinguer chez un fou que l'intervalle lucide, de la maladie. Souvent on confond l'intervalle lucide avec la rémission qui est une simple et seule action sage d'un fou ; et, d'un autre côté, d'après l'opinion des auteurs les plus compétents, même dans l'intervalle lucide le malade reste sous l'empire d'un malaise, d'un trouble dans les idées, d'une faiblesse dans l'intelligence (Orfila. Médecine légale. I. p. 481. — Legrand du Saulle. La folie devant les tribunaux, p. 109.). Enfin, il importe encore de ne pas confondre les *mente capti* et les *furiosi* ; les médecins légis-

(1) Voir à cet égard, la conclusion.

tes sont d'accord pour décider que les derniers seuls ont des intervalles lucides ; l'idiotie et l'imbécillité de naissance durent toujours.

Mais quelques nombreuses que soient les variétés de la folie, le principe de la loi reste toujours le même : le mariage de l'aliéné est inexistant s'il n'a pas pu consentir (Le Droit des 6 et 19 août 1843; procès de la dame Faure, veuve Guillemain, qui alléguait elle-même son état de démence au moment du mariage). Aussi, l'individu qui, après avoir contracté un mariage valablement, épouserait une autre femme en secondes noces avant la dissolution de sa première union, ne serait pas coupable de bigamie, si à l'époque de la célébration du second mariage il se trouvait en état de folie. Le cas s'est présenté et il est assez rare pour qu'on puisse citer l'espèce : Le sieur X., canonnier dans la garde impériale, avait reçu sur la tête, en 1814, un coup de sabre qui amena bientôt une perturbation dans son intelligence ; sous la Restauration, il fut successivement sapeur-pompier, maître d'un hôtel garni, marchand de vin, estampeur, corroyeur, fabricant de nécessaires, homme de peine, instructeur dans l'artillerie de la garde nationale, maréchal des logis dans la garde municipale, sergent de ville, employé aux arrosements de la ville de Paris, et enfin homme de peine ! Marié, en 1816, il avait quitté sa femme sans motifs en 1836, et, en juillet 1839, il s'était remarié sans savoir si sa première femme était morte; il fut ar-

rêté sous la prévention du crime de bigamie; la Chambre des mises en accusation de la cour de Paris rendit en sa faveur, à la date du 7 juillet 1840, un arrêt de non-lieu, à la suite d'un rapport des docteurs Esquirol et Leuret, constatant qu'à l'époque de son second mariage, cet individu était atteint d'aliénation mentale. (Voy. Annales d'hygiène et de médecine légale. Année 1843 ; tome 24 ; p. 402.)

90. — Jusqu'ici, nous avons supposé qu'il s'agissait d'un aliéné non interdit. En ce qui concerne l'aliéné frappé d'interdiction, une vive discussion s'est élevée entre les auteurs sur la question de savoir s'il peut valablement contracter mariage pendant ses intervalles lucides, ou bien, s'il est atteint d'une incapacité qui pèse toujours sur lui, même dans les moments où il est capable de consentir ?

Cette dernière opinion compte de nombreux partisans. Dans l'ancien droit, dit-on, les auteurs enseignaient déjà que les personnes privées de raison étaient absolument incapables de contracter mariage; quelques-uns admettaient, il est vrai, qu'elles pouvaient se marier pendant les intervalles lucides, mais aucun d'eux ne nous dit que cette exception s'appliquât à celui qui avait été interdit (Pothier. Contrat de mariage, n°s 91 et 92. — Despeisses. Liv. 1. p. 276, n° 4. — Bourjon. Liv. 1. tit. 3. chap. 2. sect. 3, n° 25.).

Rien n'indique que les rédacteurs du code aient entendu innover sur ce point. Au contraire, lors de

la rédaction du code, on avait proposé d'introduire, au titre du mariage, une disposition expresse déclarant que l'interdit pour cause de démence serait incapable de se marier. L'art. 3 du projet portait : « Sont incapables de contracter mariage : l'interdit pour cause de démence ou de fureur ». Mais cette disposition fut écartée comme inutile ; on décida que le droit commun suffirait pour régir cette hypothèse. Il paraît même que le Tribunat, malgré cette suppression faite au Conseil d'Etat, avait réclamé une disposition établissant que l'interdit judiciaire était hors d'état de consentir, même dans les intervalles lucides. Mais cette demande fut aussitôt repoussée par la même raison (Locré. Esprit du code, sur l'art. 146). Or, quel est le droit commun? On le trouve non-seulement dans l'art. 146 qui exige un consentement sérieux pour le mariage, mais encore dans l'art. 502 aux termes duquel l'interdiction a son effet du jour du jugement et tous actes passés postérieurement par l'interdit sont nuls de plein droit.

La disposition de l'art. 174 2° vient aussi confirmer cette interprétation : elle ordonne à celui qui fait opposition au mariage, en se fondant sur l'état de démence du futur époux, de provoquer l'interdiction de ce dernier et elle en fait même une condition d'admission de l'opposition ; comprendrait-on cette règle, si l'interdiction ne constituait pas un empêchement de mariage?

N'est-il pas d'ailleurs de principe qu'en droit, sinon en fait, l'interdit n'a pas d'intervalles lucides (489, 502, 1125); c'est là une présomption contre laquelle la loi n'admet pas la preuve du contraire.

En présence de cet ensemble de règles si certaines qui dominent la matière de l'interdiction, il faudrait un texte spécial pour autoriser le mariage de l'interdit pendant ses intervalles lucides, et si telle avait été l'intention du législateur, il aurait d'autant moins hésité à la consacrer par une disposition particulière, qu'il aurait, comme pour le mineur, exigé l'assistance de certaines personnes.

Aussi, qu'on n'objecte pas à ce système d'être rigoureux en privant l'interdit, déjà si malheureux, d'une des plus douces consolations de la vie et en le condamnant ainsi à une véritable peine. Mieux vaut frapper l'aliéné d'une incapacité que de l'abandonner seul aux suggestions et aux captations de ceux qui verront dans une pareille union, *une bonne affaire*. Enfin, l'intérêt de tous est d'empêcher de pareils mariages, désastreux pour le conjoint de l'aliéné soumis désormais à une existence triste et souvent à des dangers réels, désastreux pour l'aliéné lui-même, car la science médicale nous apprend que le plus souvent le mariage aggrave la situation du malade, désastreux pour la société à laquelle ces unions donneraient des enfants qui, dès leur naissance, porteraient un germe de la maladie de leurs parents. (En ce sens : Delvincourt. I. p. 55, note 1.

— Toullier. I, n° 502. — Duranton. II, n°s 27 à 34. — Proudhon. I, p. 375. — Vazeille. I, n°s 88 et suiv. — Allemand. I, n° 88. — Massé et Vergé sur Zachariæ. I, p. 205. — Pont. Revue de législation 1845, p. 239. — Pizzani. Des empêchements du mariage, n° 150.)

Malgré l'imposante gravité de ces motifs, il vaut cependant mieux se décider pour l'opinion contraire et autoriser les interdits à contracter mariage pendant leurs intervalles lucides. (En ce sens : Delisle. De l'interprétation des lois II, p. 535. — Girard. Des nullités de mariage, p. 313 à 323. — Demolombe III, n° 127. — Valette sur Proudhon I, p. 375 et 437. — Valette. Explic. som. du livre I du c. N., p. 363. — Demante I, n° 224 bis. I. — Troplong. Contrat de mariage I, n° 289 et 294. Req. Rej. 12 novembre 1844. S. 45. 1. 266.) Tel est, du moins, le principe du code ; on verra plus tard s'il échappe à toute critique.

Si l'ancien droit peut être invoqué en cette matière, c'est bien plutôt en faveur de notre opinion qu'à l'appui du précédent système ; car les auteurs anciens accordent la faculté aux insensés de contracter mariage pendant les intervalles lucides, d'une manière générale, sans aucune distinction (Pothier. Contrat de mariage n°s 91 et 92. — Despeisses I, p. 276, n° 4. — Bourjon. Livre I, tit. 3, n° 5.). Cependant quelques auteurs professaient le premier système (Nouveau Denisart VII, p. 528. V°. Empêch. de mariage, § 4, n° 6.).

La suppression, par le Conseil d'Etat, de la disposition concernant les interdits, comme inutile, prouve bien que l'on n'a pas voulu déroger à cette règle. On a dit, en effet, que le droit commun suffirait pour les interdits; or, le droit commun se trouve dans l'art. 146, et dans l'article 146 seul. L'interdit peut donc contracter mariage lorsqu'il est en possession de la raison. Il ne faudrait pas prétendre que les rédacteurs aient eu en vue l'art. 502, car, lors de la rédaction du titre du mariage, on ne savait pas encore quelles seraient les dispositions relatives à la tutelle des interdits.

L'art. 502 est d'ailleurs étranger à notre question par ses termes et par son esprit; par ses termes, car il porte que tous actes passés par l'interdit seront nuls de plein droit, et, comme le fait remarquer M. Demolombe, on n'a jamais dit d'une personne qui se marie, *qu'elle passe un acte;* par son esprit, car cet article a eu seulement en vue les actes que le tuteur peut faire au nom de l'interdit, mais non les actes essentiellement personnels à ce dernier. Interprêter autrement l'art. 502, c'est retirer, d'une manière absolue, à l'interdit la possibilité de faire les actes de la vie civile qui ne peuvent s'accomplir par mandataire, et frapper ainsi d'une véritable peine une personne dont la position malheureuse est si digne d'intérêt à tous égards.

L'art. 502 étant écarté, nous restons en face des art. du titre du mariage pour résoudre la difficulté,

et c'est qu'en effet le mariage étant un contrat tout à fait *sui generis*, doit être régi par les seules dispositions particulières du titre qui le concerne. Or, il existe dans ce titre, un chapitre tout entier consacré aux demandes en nullité et aux causes de nullité de mariage ; l'interdiction ne figure pas parmi ces causes. — On s'appuie, il est vrai, sur l'art. 174 pour soutenir que l'interdiction constitue un empêchement de mariage ; l'argument tiré de cet article pourrait présenter une certaine force s'il n'était détruit par la disposition suivante du code. L'art. 175 porte, en effet, que le tuteur d'un interdit ne peut faire opposition à son mariage qu'autant qu'il a obtenu l'autorisation du conseil de famille. Il est bien évident que cette autorisation ne s'expliquerait pas si l'interdiction était, par elle seule, une cause d'empêchement au mariage.

Restent les considérations morales et d'intérêt social ; mais nous pouvons en opposer d'aussi graves dans notre système. Sans doute, dans certains cas, il pourra être difficile de savoir si l'interdit se trouve dans un intervalle lucide, mais, d'un autre côté, il est bien des hypothèses où le doute ne sera pas possible. Personne n'ignore combien la folie varie à l'infini. « On a observé, dit Orfila, des aliénations mentales intermittentes, régulières, quotidiennes, mensuelles, annuelles. Des malades sont un jour bien et un jour mal, quinze jours aliénés et quinze jours raisonnables, six mois guéris et six mois

fous, ou au moins ils ont un accès de deux jours l'un, chaque mois, chaque année ou moins souvent » (Médecine légale I, p. 481). Ne serait-il pas injuste de frapper d'une véritable peine ces personnes qui ont seulement des accès momentanés ? En vain dirait-on, que pour les mettre en état de se marier, il suffira de lever leur interdiction; cela serait absurde dans des cas où l'on sait que la folie doit revenir à jour fixe : la cause de l'interdiction subsiste toujours.

Enfin, au tableau si obscur que l'on fait de la situation résultant pour l'aliéné du mariage, nous répondrons par des observations de même nature. N'est-il pas possible, au contraire, que l'aliéné trouve dans le mariage une source de consolations et par cela même, de guérison ; l'époux qui s'unit à un interdit n'ignore pas qu'il se prépare souvent une vie de souffrance et de soins fort pénibles ; mais il se rapproche de ce malheureux précisément dans le but de lui prodiguer ces secours ; il ne cherche certainement pas une vie de plaisir, mais une existence utile.

L'interdiction ne constitue donc pas un empêchement dirimant de mariage. On ne doit pas non plus la ranger parmi les empêchements prohibitifs ; aucun texte ne lui attribue ce caractère. On a cependant dit que l'interdiction forme un empêchement prohibitif, en ce sens que l'opposition formée à la célébration du mariage par l'une des personnes

dont parlent les art. 173 à 175 doit, *en général*, être maintenue si l'interdiction a déjà été prononcée ou si elle vient à l'être sur la demande de l'opposant (Aubry et Rau IV, p. 82). Il nous semble que ce droit d'opposition n'implique pas l'existence d'un empêchement prohibitif ; son but est de faire connaître la position de l'aliéné. Que cet aliéné soit ensuite interdit ou non, lorsqu'il se présentera devant l'officier de l'état civil, celui-ci, avant de procéder à la célébration du mariage, ne devra pas examiner s'il y a eu interdiction ou non, mais si l'aliéné jouit ou non, à ce moment, de ses facultés intellectuelles. C'est qu'en effet, celui qui veut se marier peut demander cette main-levée et les tribunaux ont le droit de la prononcer. On ne saurait objecter qu'il y aurait contradiction entre le jugement de main-levée et celui d'interdiction ; on conçoit très-bien, au contraire, que tout en maintenant l'interdiction, les tribunaux donnent main-levée de l'opposition : tel serait le cas d'une personne atteinte d'aliénation mentale seulement à des intervalles périodiques et pendant un espace de temps déterminé. Le tribunal, en pareil cas, maintiendra l'interdiction, car il est certain que la folie reviendra à telle époque, mais, pour le moment, il donnera main-levée de l'opposition parce qu'il est constant que cette personne jouit actuellement de ses facultés intellectuelles et donnera un consentement réfléchi.

L'interdit peut même contracter mariage sans

qu'il soit nécessaire d'obtenir, à cet effet, comme s'il s'agissait d'un mineur, le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille. En l'absence de tout texte sur ce point, on ne peut l'assimiler au mineur. Or, on ne saurait soutenir que ce texte existe dans l'art. 509 ; nous avons déjà dit et nous répétons, que les règles de la capacité concernant le mariage étant spécialement établies par le titre du mariage, on ne saurait les chercher dans d'autres parties du code et notamment dans la matière de l'interdiction. Il est vrai qu'on pourrait aussi, pour le système contraire, invoquer un article de notre titre, l'art. 174 ; mais l'argument ne porterait pas, car si cet article donne réellement à certaines personnes le droit de faire opposition, on n'en saurait conclure que leur consentement soit nécessaire au mariage (1).

Nous reconnaissons, du reste, que, sur ce point, le code présente une lacune : il aurait dû exiger pour le mariage de l'interdit, le consentement de certaines personnes : il est dangereux d'abandonner ainsi à lui-même un individu dont la raison s'égare facilement. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas non

(1) MM. Aubry et Rau, qui avaient assimilé l'interdit au mineur dans leurs premières éditions, par application de l'art. 509, ont maintenant repoussé cette opinion en reconnaissant que, si l'on écarte les art. 502 à 504 de la matière du mariage, il faut aussi, et pour les mêmes raisons, repousser l'art. 509 (IV, p. 82, note 5).

plus exagérer le danger : la famille de l'aliéné sera toujours prévenue de ses projets de mariage par les formalités antérieures à la célébration et destinées à faire connaître l'union future ; de plus, en ce qui concerne ses conventions matrimoniales, on appliquera l'art. 511 (Demolombe III. 128.).

91. — On pourrait être porté à croire qu'il est contradictoire d'autoriser l'interdit à se marier seul et de ne pas lui donner le droit de passer seul aussi ses conventions matrimoniales. Mais cependant des exemples de ce genre se rencontrent dans la loi : telle est aussi la position de celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire. Qu'il ait été mis dans cet état d'incapacité pour cause de prodigalité ou pour cause de maladie intellectuelle (art. 499 et 513), il peut toujours valablement contracter mariage. Le doute n'est pas possible à cet égard : non-seulement aucun texte ne le déclare incapable de se marier, mais les art. 499 et 513, dans lesquels se trouve une énumération limitative des actes qu'il ne peut passer seul, ne mentionnent pas non plus le mariage. C'est avec intention que l'on a omis le mariage dans cette énumération. « Ceux auxquels on donne un conseil, disait M. Emmery, dans l'Exposé des motifs, ne sont pas incapables des actes de la vie civile ; ils ne peuvent s'obliger en contractant dans les cas prévus, sans l'assistance de leur conseil, mais, en général, ils sont habiles à contracter, ils peuvent se marier, etc. » Et cela s'explique : on admet qu'un individu, trop

faible d'esprit pour gérer lui-même ses affaires, comprenne le mariage et puisse y consentir ; il en est, à plus forte raison, de même du prodigue.

Toutefois, de ce que le pourvu d'un conseil judiciaire peut contracter mariage sans l'assistance de ce conseil, il ne suit pas qu'il ait le droit de plaider seul pour obtenir main-levée d'une opposition formée à son mariage.

L'art. 513 est absolu : il ne permet jamais au pourvu d'un conseil d'ester en justice sans l'assistance de ce conseil. Si l'on voulait, pour soutenir le contraire, faire valoir qu'il peut se marier seul, il faudrait alors, afin d'éviter toute inconséquence, aller jusqu'à dire que le prodigue, seul aussi, peut intenter ou soutenir les procès relatifs à tous les droits dont il conserve la libre disposition. On ne saurait non plus sérieusement établir une distinction entre les procès relatifs aux biens et ceux qui concernent la personne : pareille distinction serait tout à fait arbitraire (Toulouse, 2 décembre 1839. S. 40. 2. 161.—Besançon, 11 janvier 1851. S. 51. 2. 75.).

Tout en admettant ce système, M. Demolombe prétend qu'il suffira d'appeler en cause le conseil judiciaire « qui, par un refus d'assistance, ne saurait arrêter le cours de l'action (cpr. cass. 13 février 1844. S. 44. 1. 348.). Il nous semble cependant que rien n'autorise à déroger, sous ce rapport, au droit commun. Il faut donc, selon nous, en cas de refus d'assistance de la part du conseil, que le prodigue

ou le faible d'esprit s'adresse au tribunal pour faire enjoindre au conseil de prêter son assistance, ou même pour provoquer sa révocation, ou pour nommer un conseil *ad hoc*. Mais les tribunaux ne pourraient pas, même par une autorisation qu'ils donneraient directement, suppléer à l'assistance du conseil judiciaire.

Il n'est pas douteux, comme nous venons de le voir, que le pourvu d'un conseil judiciaire ne peut passer seul certaines conventions matrimoniales (1). On n'en saurait toutefois conclure qu'un ascendant ait le droit de faire surseoir à la célébration du mariage de son enfant jusqu'à ce qu'il ait été pourvu d'un conseil judiciaire sans lequel il ne pourra passer ses conventions matrimoniales. Les tribunaux saisis d'une pareille demande ne peuvent pas ordonner qu'il sera sursis à la célébration du mariage sous prétexte que le contrat de mariage par lequel les époux déterminent le régime de leurs biens peut être plus que tout autre l'occasion de prodigalités

(1) Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quelles sont ces conventions matrimoniales, ni de se demander sous quel régime est marié le prodigue qui, contrairement à la loi, a passé, sans l'assistance de son conseil, des conventions matrimoniales (Cpr en sens divers : Merlin Rep. V° Prodigue, § 5, n° 1. — Toullier II. 1379. — Valette sur Proud'hon II. p. 568, note A. — Odier. Contrat de mariage. II, 613. — Rodière et Pont. Contrat de mariage. I, 45. — Demolombe III. 22 et VIII. 740. — Aubry et Rau. I, p. 513, note 19. — Nancy, 3 décembre 1838. S. 39. 2. 283.).

extraordinaires : une pareille doctrine aurait pour résultat nécessaire de frapper, pendant un certain temps, d'une véritable incapacité de contracter mariage, une personne que la loi déclare pourtant parfaitement capable. La Cour de Caen s'est cependant prononcée en sens contraire dans deux arrêts (20 novembre 1837. S. 39. 2. 198. — 23 mars 1841. Rec. de Caen VI. p. 236) que M. Demolombe critique avec raison de la manière la plus vive (1).

(1) Si le mariage ne peut être retardé par l'opposition d'un ascendant lorsqu'elle n'est pas fondée sur un empêchement dirimant ou prohibitif, à plus forte raison ne saurait-il être empêché par une opposition de cette valeur, car autrement on arriverait à exiger le consentement des parents à toute époque et à prolonger en réalité la puissance paternelle au delà de l'âge fixé par la loi (Bordeaux, 22 mai 1806. S. 7. 2. 1050. — Bruxelles, 17 janvier 1809. S. 9. 2. 268. — Contra : Bourges, 13 mars 1813. S. 13. 2. 169. — Cass. 9 juin 1813. S. 13. 2. 377.).

CHAPITRE III.

A QUEL MOMENT SE DONNE LE CONSENTEMENT AU MARIAGE, EN PARTICULIER, DES PROMESSES DE MARIAGE.

92. Le consentement se donne devant l'officier de l'état civil. — 93. Des arrhes qui garantissaient en droit romain l'exécution des promesses de mariage. — 94. Des condamnations pour inexécution des promesses de mariage, dans notre ancien droit. — 95. Innovations du code Napoléon. — 96. Les promesses de mariage sont-elles valables? — 97. *Quid*, des clauses pénales insérées dans les promesses de mariage? — 98. Du billet qui a pour cause une promesse de mariage. — 99. L'inexécution d'une promesse de mariage ne peut-elle pas cependant entraîner une condamnation à des dommages-intérêts? — 100. Conditions requises pour qu'il y ait lieu d'accorder des dommages-intérêts. — 101. Comment se prouve l'existence d'une promesse de mariage? — 102. Lorsque l'on se fonde sur une grossesse pour demander des dommages-intérêts, la défense de la recherche de la paternité s'oppose-t-elle à ce qu'on puisse déclarer responsable l'auteur de la grossesse? — 103. Responsabilité du père en cas de promesse faite par un mineur. — 104. De l'obligation souscrite au profit d'un tiers, à titre de rémunération de la négociation d'un mariage. — 105. Conclusion.

92. — Le consentement par lequel se forme le mariage est celui que chacun des époux donne de-

vant l'officier de l'état civil, en présence de quatre témoins. C'est à la mairie que les époux échangent leur consentement ; celui qui aurait été manifesté auparavant ne saurait les enchaîner. Après avoir consenti, on peut encore retirer sa promesse tant que la célébration du mariage n'a pas eu lieu. En un mot, les promesses de mariage ne sont pas valables, ni obligatoires, parce que la loi veut, avant tout, dans le mariage, un consentement libre, spontané, mûrement réfléchi.

93. — En droit romain (et dans notre ancien droit) les fiançailles étaient reconnues par la loi et produisaient certains effets civils, mais elles n'obligeaient jamais à contracter mariage ; seulement, on avait l'habitude de fournir des arrhes ; elles étaient ordinairement données par le fiancé à la fiancée, mais le contraire pouvait parfaitement arriver. Si le fiancé refusait, sans motifs, de tenir sa promesse, il perdait les arrhes ; quand le refus provenait de la fiancée, elle devait rembourser les arrhes au quadruple, mais l'empereur Léon se contenta d'une restitution au double, à moins de stipulation contraire et formelle ; et l'on se borna même à une restitution pure et simple quand la fiancée était une mineure de 25 ans (Const. 5. *De sponsal.* 5. 1.).

94. — Dans notre ancien droit, lorsque l'une des parties refusait sans motifs de contracter le mariage promis et rompait les fiançailles, elle était condamnée à des dommages-intérêts par le juge séculier ;

l'official pouvait bien connaître de la validité ou de l'invalidité des fiançailles mais non des dommages-intérêts résultants du défaut d'exécution ; en cas de violation de cette règle, il y aurait eu lieu à appel comme d'abus. L'official devait se borner à donner des exhortations, et si malgré ces remontrances, la partie persistait dans son refus de contracter mariage, il était tenu de prononcer la dissolution des fiançailles et imposait à celui qui se rétractait une pénitence consistant en prières ou en légères aumônes. La question des dommages-intérêts était alors portée devant le juge séculier de la partie qui s'était retirée. Ce juge condamnait à titre de dommages-intérêts au paiement d'une somme d'argent envers l'autre partie.

« Les dépenses, nous dit Pothier, que les recherches du mariage ont causées, pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, et la perte de temps qu'elles lui ont causées, font les objets les plus ordinaires de ces dommages-intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas où il y aurait lieu de craindre qu'il ne puisse nuire à son établissement avec quelqu'autre » (Contrat de mariage, n° 53) (1). Mais cette

(1) Quand la partie refusée avait reçu des arrhes, elle avait le droit de les conserver à titre de dommages-intérêts, mais les juges pouvaient limiter la condamnation et obliger à une restitution partielle, lorsque la perte totale des arrhes paraissait être une peine trop rigoureuse (Pothier, Contrat de mariage, n° 43).

condamnation devait être pure et simple ; le juge n'aurait pu la prononcer sous l'alternative : si mieux n'aime épouser (Pothier. *Loc. cit.*, n° 54). On avait pensé que cette condition était de nature à blesser la liberté des mariages.

95. — C'est aussi l'intention de laisser au consentement une liberté absolue qui a guidé les rédacteurs du code dans toute notre matière et ils ont même, pour ce motif, profondément modifié l'ancien droit.

Les fiançailles ont été supprimées; elles existent bien encore dans le monde, mais la loi ne leur reconnaît aucune efficacité juridique ; la liberté qui doit présider à l'accomplissement du mariage est d'ordre public ; rien ne saurait y porter atteinte ; toute convention de nature à la détruire ou à la modifier est radicalement nulle, qu'elle soit intervenue entre les deux futurs époux ou bien entre l'un d'eux et un tiers (art. 6 et 1133.).

La jurisprudence a fait de remarquables applications de cette règle fondamentale dans deux questions qu'il importe d'étudier.

96. — 1re *Question* : La promesse de mariage intervenue entre deux personnes est-elle valable ?

Dans les premiers temps du code Napoléon, la jurisprudence était loin d'être unanime sur ce point ; par plusieurs arrêts, il fut décidé que la promesse de mariage constitue un contrat synallagmatique valable, contenant obligation de faire et donnant

lieu en cas de refus d'exécution, à des dommages-intérêts au profit de l'autre partie, même lorsque cette partie n'éprouve aucun préjudice; en un mot, on accordait des dommages-intérêts par application de l'art. 1142 (Nîmes, 6 Août 1806. S. 6. 2. 476. — Trèves, 5 février 1808. S. 8. 2. 169. — Rouen, 28 février 1815. S. 15. 2. 224.).

Mais la jurisprudence contraire ne tarda pas à triompher, et de nos jours, depuis longtemps déjà, toutes les cours sont unanimes pour décider que la promesse de mariage est un contrat nul, reposant sur une cause illicite, contraire à l'ordre public, par cela seul qu'elle est de nature à porter atteinte au libre consentement des contractants : cette promesse contrevient à la règle suivant laquelle le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment de la célébration et doit être, à ce moment, libre de toute contrainte (Req. 24 juillet 1811. — Rej. 21 décembre 1814. — Req. 6 juin 1821. — Liége, 18 juillet 1822. — Rouen, 7 décembre 1825. — Nîmes, 29 novembre 1827. — Toulouse, 5 juillet 1833. — Rej. 7 mai 1836. — Cass. 11 juin 1838. — Nîmes, 25 janvier 1839, etc. Voy. Dalloz, V° Mariage, n° 90. — Toulouse, 28 nov. 1864. S. 65. 2. 5.).

Les auteurs sont aussi unanimes à cet égard (Delvincourt I, p. 127. — Maleville, sur l'art. 172. — Duranton II, 187 et X, 319 à 321. — Vazeille I, 145 à 152. — Demolombe III, n° 28 et suiv. — Au-

bry et Rau IV, p. 31, note 26) ; on ne retrouve plus l'opinion contraire que dans quelques commentateurs déjà anciens (Toullier VI, 193 et suiv. — Merlin, Rép. V° Peine contract. § 3, n° 3. — Zachariæ, § 457, texte et note 5.).

97. — Si la promesse de mariage est nulle, il est bien évident qu'il faut en dire autant de la clause pénale insérée pour en garantir l'exécution (art. 1227). Cette clause pénale, connue aussi sous le nom de dédit de mariage, et par laquelle une personne promet de donner une certaine somme à une autre pour le cas où elle ne l'épouserait pas, était valable dans notre ancien droit ; seulement, le juge avait le droit de la réduire quand il pensait que la somme convenue excédait le dommage éprouvé par la partie refusée (Pothier. Mariage. n° 44). De nos jours, au contraire, la nullité est admise par la jurisprudence.

(Amiens, 30 mai 1812, S. 14. 2. 19. — Rej. 21 décembre 1814. S. 15. 1. 159. — Rej. 6 juin 1821. S. 23. 1. 41. — Rej. 7 mai 1836. S. 36. 1. 574. — Nîmes, 25 janvier 1839, S. 39. 2. 177. — Douai, 3 décembre 1853. S. 54. 2. 193.).

Telle est également l'opinion des auteurs les plus considérables (Duranton II, 187. — Vazeille I, 145 à 152. — Aubry et Rau III, p. 233 note 25. — Demolombe III, 31.).

Sur ce point aussi, le système contraire ne se retrouve que dans les auteurs ou les arrêts d'une

date éloignée (Merlin, Rép. V° Peine contractuelle. — Toullier VI, p. 293 et suiv. — Nîmes, 6 août 1806. S. 6. 2. 476. — Trèves, 5 février 1808. S. 8. 2. 169. — Rouen, 28 février 1815. S. 15. 2. 224.). Les arguments qu'il présente, ne résistent pas, en effet, à un sérieux examen. Ainsi, il n'est pas exact de dire que l'inexécution d'une promesse de mariage pouvant donner lieu à des dommages-intérêts, les parties ont le droit d'en déterminer d'avance le montant pour éviter les questions si délicates d'évaluation qui pourraient se présenter dans la suite (art. 1152, 1226, 1229.). — Si la promesse de mariage est nulle, on ne voit pas comment la clause pénale qui en garantit l'exécution pourrait être valable (1227). Pareille clause d'ailleurs, donnerait certainement le moyen de violenter des personnes égarées par la jeunesse ou par la passion. *Inhonestum visum est,* disait déjà la loi romaine, *vinculo pœnæ matrimonia obstringi....* (L. 134. *de Verb. oblig.* 45. 1.).

98. — Lorsque la cause véritable de la souscription d'un billet est un dédit de mariage et que cette cause n'est pas indiquée, on peut toujours prouver par témoins qu'elle résulte en réalité d'une promesse de mariage.

On a cependant soutenu le contraire et l'on s'est appuyé sur les arguments suivants :

C'est une ancienne maxime que la preuve testimoniale ne doit pas être admise contre un écrit. On

la retrouve dans le droit romain (Const. 1. *De testibus*. 4. 20.) et l'art. 1341 est formel; il défend d'admettre la preuve testimoniale contre, ou bien outre, ce qui est écrit dans l'acte. Lors donc qu'un acte énonce un prêt d'argent comme cause de l'obligation, par exemple, on ne saurait prouver par témoins qu'il s'agit en réalité d'un dédit de mariage; celui qui se trouve lésé par la fausse énonciation de la cause doit s'imputer de l'avoir insérée; et loin de pouvoir invoquer en sa faveur une disposition de la loi, il se verra opposer : — l'art. 1353 qui, en admettant les simples présomptions en cas de fraude ou de dol, exclut par cela même la preuve testimoniale; — l'art. 1348, aux termes duquel la preuve testimoniale est possible seulement quand on n'a pas pu obtenir une preuve littérale; or, la partie qui se plaint, tout en consentant à la simulation, pouvait s'en procurer une preuve au moyen d'une contre-lettre (Devilleneuve. S. 36. 1. 597.).

Cette opinion est cependant, et avec raison, généralement repoussée. Lorsqu'on ne se contente pas de consulter le texte de l'art. 1353 et que l'on remonte à son esprit, loin de décider qu'en autorisant les présomptions contre la fraude, la loi a entendu exclure la preuve testimoniale, il faut, au contraire, reconnaître que cet article a été rédigé en vue d'une règle générale, suivant laquelle tous les moyens de preuve sont possibles contre la fraude à la loi. Que la rédaction de l'art. 1353 soit vicieuse, nous le re-

connaissons ; mais l'intention du législateur n'en résulte pas moins fort nettement des travaux préparatoires. Bigot Préameneu avait soin de dire dans l'exposé des motifs : « On doit observer que cette exclusion de la preuve testimoniale ne s'étend pas au cas de fraude ». Et Jaubert, développant la même idée à propos de l'article 1353 disait au Tribunat : « La fraude et le dol ne se présument pas, mais celui qui les allègue doit être admis à les prouver par témoins, car si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise en cette matière, et c'est là que le juge doit pouvoir faire usage de toute sa perspicacité pour pénétrer tous les replis de l'homme artificieux » (Locré XII, p. 407 et 534.).

Et cela est fort juste ; la loi veut arriver à la découverte de la fraude par tous les moyens. Une distinction entre les simples présomptions et la preuve testimoniale consacrerait une anomalie d'autant plus choquante, qu'en pratique les simples présomptions s'établissent le plus souvent par témoins.

La jurisprudence est constante en ce sens, et la Cour suprême a plusieurs fois résolu aussi cette question, non-seulement d'une manière générale, mais en particulier à l'égard de billets qui n'indiquaient pas comme véritable cause la promesse de mariage.

(Cass. 7 mai 1836. S. 36. 1. 574. — Cass. 11 juin 1838. S. 38. 1. 492.).

99. — Mais s'il faut annuler toutes les promesses de mariage et les clauses pénales qui ont pour objet d'en assurer l'exécution, est-ce à dire que jamais des dommages-intérêts ne seront dus par celui qui ne remplit pas ses engagements ?

Cette question est tout à fait différente. On a voulu faire valoir la négative : la rupture d'un mariage ne constitue ni un délit ni un quasi-délit ; par cela même que la loi conserve aux parties leur entière liberté, elle exclut toute action en indemnité ; cette action serait d'ailleurs inquisitoriale et augmenterait le scandale en obligeant à faire connaître la cause de la rupture. Quant aux dépenses faites en vue du mariage, elles sont purement volontaires ; elles ont eu lieu dans un but tout à fait éventuel ; on n'était pas obligé de les faire et l'usage ne saurait créer un droit.

Ces raisons sont-elles sérieuses ?

On ne doit pas poser en règle générale comme l'a fait à tort la Cour de Gand (19 juin 1835. Dall. V° Mariage, n° 83.), qu'il n'y a jamais lieu à des dommages-intérêts, et ce n'est pas sans surprise que l'on a vu dans ces derniers temps la Cour d'Aix reproduire ce système (23 février 1865. S. 66. 2. 28.) ; mais on ne peut pas dire non plus que dans tous les cas, des indemnités sont dues à la partie refusée. Il s'agit avant tout, en cette matière, d'une question de fait.

Les tribunaux ont, sans doute, le droit de condamner à des dommages-intérêts la partie qui se dédit de sa promesse de mariage sans juste cause et par simple caprice, mais à la condition que cette rupture cause à l'autre partie un préjudice grave. Et alors, les dommages-intérêts sont alloués par application, non pas de l'art. 1142, mais de l'art. 1382. Ces réparations ne sont pas encourues pour inexécution de la promesse de mariage : ce contrat étant nul comme contraire au principe de la liberté absolue du consentement, ne saurait devenir la base d'une action en dommages-intérêts. Les indemnités sont dues en vertu de la règle que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à un autre un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (1382). Cela est tellement vrai, que si le changement de volonté de l'une des parties ne portait aucun préjudice à l'autre, celle-ci n'obtiendrait pas de dommages-intérêts. En un mot, l'inexécution d'une promesse de mariage n'est pas une *faute contractuelle*, mais peut constituer un *fait dommageable*.

100. — Le principe étant posé, nous pouvons maintenant étudier plus particulièrement cette question du préjudice et voir quelles sont, en outre, les autres conditions requises pour qu'il y ait lieu à indemnités.

Il faut : 1). Que la partie repoussée éprouve un préjudice. Peu importe que ce préjudice soit matériel ou moral.

La Cour de Toulouse a décidé il est vrai « que les dommages-intérêts auxquels peut donner lieu l'inexécution d'une promesse de mariage se bornent au préjudice matériel, comme frais de contrat, de nourriture ou autres, mais ne s'étendent pas au préjudice moral, même à celui résultant de la grossesse de la future délaissée sans motifs qui lui soient imputables » (Toulouse, 13 mai 1842. Dall. V° Mariage, n° 89. — cpr Riom, 11 août 1846. D. P. 46. 2. 179. — Metz, 8 juin 1818. S. 19. 2. 108.).

Mais cette distinction est tout à fait arbitraire et aussi contraire au texte qu'à l'esprit de l'art. 1382. La plupart des tribunaux reconnaissent que le simple préjudice moral autorise l'application de l'art. 1382; et pour quelle raison en serait-il autrement en notre matière, alors qu'au contraire, le préjudice moral est de beaucoup peut-être, le plus considérable.

Il faut donc réparer le préjudice matériel, et, par exemple, indemniser la partie repoussée de ses frais de voyage, des sommes employées en acquisitions, des frais de contrat, de dispense, de temps employé aux affaires matrimoniales et qu'elle aurait pu consacrer à ses occupations habituelles (cpr Rej. 27 juin 1833. S. 33. 1. 548) ; mais il y a lieu aussi à des dommages-intérêts pour réparation du préjudice moral. Ainsi, il n'est pas douteux que des dommages-intérêts seraient dus en cas de grossesse de la fiancée abandonnée (Colmar, 24 mars 1813. S. 14. 2. 2.—Cass. 17 août 1814. S. 15. 2. 18.—Colmar,

31 décembre 1863. S. 65. 2. 169. — Toulouse, 28 novembre 1864. S. 65. 2. 5. — Grenoble, 18 mars 1864. S. 65. 2. 169. — Rouen, 15 janvier 1865. S. 65. 2. 169.).

La Cour d'Aix a cependant décidé, par arrêt en date du 23 février 1865 (S. 66. 2. 28.), que l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut motiver une demande en dommages-intérêts, alors même qu'elle aurait eu pour résultat la séduction et la grossesse de la fille.

« Attendu, porte l'arrêt, que chacun de ces faits (la promesse de mariage et la grossesse) pris isolément, envisagé dans ses conséquences directes et dégagé de tout incident dommageable n'engendre que des devoirs moraux qui ne sont pas reconnus par la loi civile et dont l'inexécution ne saurait entraîner aucuns dommages-intérêts ».

Si la séduction et la grossesse ne sont pas des faits dommageables, donnant lieu à réparation, cela revient à dire que, dans notre matière, il n'y a jamais lieu d'accorder des dommages-intérêts. Ce résultat est trop violent pour qu'il soit nécessaire d'insister plus longtemps ; on peut prédire à l'arrêt de la Cour d'Aix qu'il ne fera pas jurisprudence.

De même, une sérieuse réparation est due par celui qui, abusant de la crédulité d'une mineure, contracte avec elle un mariage devant l'Église seulement et lui persuade que la célébration religieuse suffit pour la validité du mariage ; il y a là véritable séduction (Bastia, 3 février 1834. S. 34. 2. 355.).

Mais il ne faut même pas toujours exiger des faits de cette nature. Parfois une simple rupture sans motifs constitue une offense assez nuisible pour attaquer celui qui la souffre dans son honneur et sa réputation ; cela est surtout vrai, lorsqu'il s'agit d'une jeune fille, car il peut arriver en pareil cas que la malignité publique prête à la rupture des causes qui rendent impossible ou moins avantageux pour elle un autre établissement. Il importe d'ailleurs, dans l'intérêt des mœurs, que les promesses de mariage ne soient pas un objet de spéculation ou de pur caprice.

Cependant les juges ne doivent pas, non plus, se montrer trop faciles dans la voie des dommages-intérêts. En général ces réparations supposent un préjudice sérieux, des faits très-graves, de nature à donner naissance au scandale, comme par exemple, une promesse suivie de cohabitation.

(Cpr : Agen, 2 avril 1810. S. 11. 2. 118. — Colmar, 24 août 1813. S. 14. 2. 2. — Cass. 17 août 1814. S. 15. 2. 18. — Colmar, 13 mai 1818. S. 18. 2. 268. — Colmar, 23 janvier 1833. S. 34. 2. 41. — Nîmes, 25 janvier 1839. S. 39. 2. 177. — Nîmes, 2 janvier 1855. S. 55. 2. 38. — Voy. aussi les arrêts cités par Dalloz. V° Mariage, n° 89.).

Du moment qu'aucun fait n'a pu compromettre la personne refusée, il ne peut être question d'indemnités et on ne saurait dire que la seule rupture occasionne nécessairement un préjudice (Rej. 6 juin

1821. S. 23. 1. 41. — Poitiers, 29 mai 1834. S. 34. 2. 354. — Cass. 11 juin 1838. S. 38. 1. 492. — Douai, 3 décembre 1853. S. 54. 2. 193.).

Dans cette question de savoir s'il y a lieu d'allouer des dommages-intérêts et dans quelles limites, les juges devront aussi prendre en considération la fortune, la qualité, l'âge, la position des parties. Par exemple, si la personne était par son expérience et son âge capable de s'éclairer elle-même et de ne pas tomber dans le piége d'une promesse de mariage, il n'est pas douteux qu'il ne saurait être question de dommages-intérêts, car il serait ridicule de prétendre à l'existence d'une séduction (cpr : Nancy, 25 févr. 1865. S. 65. 2. 169.). Mais d'un autre côté, il est bien évident que le fiancé peut aussi, lorsqu'il souffre le préjudice, demander une réparation : il serait injuste et absurde de dire que le refus de la fiancée ne peut jamais lui faire tort (Metz, 18 juin 1818. S. 19. 2. 109.).

Enfin, dans tous les cas, les dommages-intérêts sont dus seulement à raison du préjudice réel, matériel ou moral, que l'on éprouve ; ils ne sauraient être fixés à raison du gain que l'on a manqué de faire (Agen, 2 avril 1810. S. 11. 2. 118.). S'il en était autrement, le futur délaissé pourrait aller jusqu'à réclamer l'exécution des conventions matrimoniales qui avaient été passées à son profit ! Mais on appliquerait alors la disposition de l'art. 1149. Or, il ne faut pas l'oublier, c'est seulement l'art. 1382 qui peut être invoqué.

Indépendamment du préjudice, il faut encore :

2). Que la partie qui refuse d'exécuter sa promesse n'ait pas de justes causes de rétractation. C'est là aussi une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

Déjà dans notre ancien droit, certains faits autorisaient la rupture des fiançailles ; ainsi, l'une des parties était dégagée de sa promesse par l'infidélité de l'autre, — par l'arrivée d'un événement qui aurait empêché les fiançailles de se former, s'il avait été connu auparavant, comme, par exemple, une maladie grave, une infirmité, une ruine ou une diminution considérable de la fortune, et de nature à entacher l'honorabilité ; — enfin, par une cause particulière à la personne qui se retire, quand cette cause est telle, qu'elle n'eût pas contracté les fiançailles si elle l'eût connu, « par exemple, dit Pothier, s'il m'est survenu quelque infirmité qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage sans courir risque d'endommager ma santé ». (cpr sur ces questions : Pothier. Contrat de mariage, n[os] 55 à 66.).

Toutes ces causes de dissolution des fiançailles justifieraient encore aujourd'hui la rupture de négociations matrimoniales. Mais il n'est pas douteux qu'on ne saurait déterminer leur nombre : ici encore, il s'agit avant tout d'une question de fait pour la solution de laquelle les tribunaux devront aussi prendre en considération la condition des

parties ; car, telle cause insignifiante pour expliquer une rupture dans une classe inférieure de la société, la justifierait au contraire parfaitement chez d'autres personnes. La solution de pareilles difficultés sera souvent fort délicate.

S'il n'est pas douteux, par exemple, que la grossesse de la fiancée ou bien les mauvais traitements exercés par le fiancé sur sa future, suffiront pour justifier la rupture et dispenser de payer des dommages-intérêts (Rouen, 20 mars 1813. S. 15. 2. 114. — Bordeaux, 23 novembre 1852. S. 53. 2. 245.), au contraire, la question sera beaucoup plus grave lorsque le futur expliquera sa conduite en donnant pour raison le refus de son père de consentir au mariage ; en pareil cas, tout dépendra des circonstances.

3). Il faut encore, pour qu'il y ait lieu à des indemnités, que la promesse de mariage sur laquelle on s'appuie, soit réellement sérieuse. En effet, s'il est de principe que la promesse de mariage n'est pas obligatoire, cependant il faut bien reconnaître que le fait dommageable dont nous nous occupons, suppose cette promesse et ne saurait exister autrement. Ainsi, la cour de Nîmes, par arrêt en date du 27 novembre 1827, a décidé qu'il ne saurait être alloué de dommages-intérêts parce que la promesse de mariage n'était pas suffisamment justifiée ; dans l'espèce, on invoquait une promesse écrite au crayon sur une simple feuille de papier ! (Dalloz. V° Mariage, n° 90.).

4). En dernier lieu, l'existence de la promesse de mariage et le préjudice résultant de sa violation doivent être prouvés.

101. — La preuve de l'existence d'une promesse peut être administrée par tous les moyens, et notamment par écrit, par le contrat de mariage déjà rédigé, par lettres, par l'aveu de l'autre partie. Il faut admettre aussi la preuve testimoniale et les simples présomptions. On a toutefois voulu enseigner le contraire. La loi, a-t-on dit, n'autorise ces moyens de preuve qu'autant qu'il a été impossible de se procurer un écrit; or, il est toujours possible d'obtenir un écrit constatant la promesse. D'un autre côté, l'admission trop facile de la preuve testimoniale augmenterait sensiblement le nombre des procès de cette nature, et il n'y a aucun inconvénient à les empêcher, autant que possible, de se présenter; il faut reconnaître qu'ils troublent toujours l'ordre public dans une certaine mesure. On a conclu qu'il fallait toujours exclure la preuve testimoniale, sauf dans le cas où il existerait un commencement de preuve par écrit (cpr Merlin., Rép. V° For — Dalloz. Mariage, n° 93. — Rouen, 28 février 1815. S. 18. 2. 224. — Paris, 19 janvier 1865. S. 65. 2. 5. — Aix, 23 février 1865. S. 66. 2. 28.).

Cette opinion méconnaît toutefois les principes les plus élémentaires de la preuve. Il ne s'agit pas, en effet, de prouver ici seulement une promesse de mariage; mais en réalité, et bien plutôt, un dom-

mage résultant de l'inexécution d'une promesse nulle en droit. Or, les dommages se prouvent par tous les moyens, même par témoins et par simples présomptions. Les abus ne sont pas à craindre comme on l'a pensé dans l'opinion contraire, car les juges pourront toujours écarter, dès l'origine, les demandes qui leur paraîtront peu fondées et de nature seulement à donner naissance à un scandale inutile (cpr Rej. 24 mars 1845. S. 45. 1. 539. — Demol. II. n° 33).

102. — Une autre difficulté s'est présentée pour le cas particulier où la fiancée invoque une grossesse à l'appui de sa demande en dommages-intérêts. L'interdiction de la recherche de la paternité ne s'oppose-t-elle pas à ce qu'on puisse rendre l'auteur de la grossesse responsable de ce préjudice?

On l'a soutenu, en disant que l'art. 340 qui prohibe la recherche de la paternité ne fait aucune distinction et ne s'occupe pas du but dans lequel cette recherche est faite; sa disposition est générale, et avec raison, car les inconvénients et le scandale que la loi a voulu éviter se présenteraient si l'on permettait la recherche de la paternité dans l'intérêt de la mère et comme base d'une demande en dommages-intérêts (Paris, 19 janvier 1865. S. 65. 2. 5.).

Mais s'il faut reconnaître que la recherche de la paternité est interdite, c'est en ce sens seulement qu'il est défendu d'attribuer à un individu une paternité qu'il n'a pas reconnue. Or, tel n'est pas l'ob-

jet de la demande dans notre hypothèse : on soumet seulement aux juges la question d'un préjudice souffert par suite de relations plus ou moins intimes; la séduction et la grossesse ne sont présentées que comme des éléments du dommage causé et ne préjugent en rien la question de paternité et de filiation qui demeure complétement en dehors du débat.

(Cass. 17 août 1814. D. 14. 2. 483. — Rouen, 7 décembre 1825. D. 26. 2. 87. — Rej., 24 mars 1845. S. 45. 2. 539. — Bordeaux, 23 nov. 1852. S. 53. 2. 245. — Douai, 3 décembre 1853. S. 54. 2. 193. — Nîmes, 2 janvier 1855. S. 55. 2. 38. — Toulouse, 28 novembre 1864. S. 65. 2. 5.

Charles Ballot, Revue de droit français et étranger, 1848. V. p. 840. — Marcadé, Revue critique, 1853, p. 197. — Demol. III, n° 29. — Aubry et Rau IV, p. 31. — Voy. aussi la note, dans S. 65. 1. 33). Par la même raison, une fille peut prouver qu'elle a été enceinte des œuvres d'un homme marié afin de le faire condamner à des dommages-intérêts, sans que l'admission de cette preuve soit une violation de la règle qui défend de rechercher et de constater la filiation adultérine (Civ. rej. 26 juillet 1864. S. 65. 1. 33. cpr la note qui se trouve sous cet arrêt.).

103. — Lorsque la promesse de mariage a été faite par un mineur, son père peut être déclaré civilement responsable, s'il existe une négligence ou une imprudence de sa part; par exemple, si au lieu

d'user de son autorité pour faire cesser les assiduités, il les a, au contraire, encouragées en manifestant hautement la satisfaction que lui faisait éprouver le mariage de son fils (Toulouse, 28 novembre 1864. S. 65. 2. 5.).

104. — La *seconde question* qui doit nous occuper ici, est celle de savoir s'il faut considérer comme valable l'obligation souscrite au profit d'un tiers à titre de rémunération de la négociation d'un mariage ?

Elle s'est présentée à plusieurs reprises devant les tribunaux ; chaque fois elle a donné lieu à des débats fort animés. La validité d'une pareille convention a été vivement soutenue dans différentes consultations signées par les avocats les plus éminents du barreau de Paris, par MM. Delangle, Berryer, Vatiménil, Paillard de Villeneuve, Duvergier, Léon Duval, Odillon-Barrot et Marie. Toute convention, a-t-on dit, de rémunération en retour des soins qu'une personne promet de donner pour opérer un mariage est parfaitement honorable. Elle ne porte aucune atteinte à la dignité du mariage, ni à la liberté qui doit présider au choix d'un conjoint, car l'intermédiaire n'impose pas l'obligation d'épouser la personne qu'il présente ! son rôle se borne à introduire dans les familles, à donner des renseignements, à aplanir les obstacles qui pourraient s'élever ; mais, en définitive, ce sont les parties qui arrêtent elles-mêmes la conclusion du mariage. Dans tout mariage, on ne prend un parti définitif qu'après avoir obtenu d'un

tiers tous les renseignements nécessaires sur la fortune, l'honorabilité de la famille dans laquelle on se propose d'entrer. L'intervention d'un mandataire évite, au contraire, aux parties l'ennui de discuter elles-mêmes toutes les questions pécuniaires, souvent fort délicates ; et ainsi, cette intervention, loin de porter atteinte à la dignité du mariage, en conserve toute la pureté. Si le rôle de l'intermédiaire est très-utile, pour quelle raison, en retour de ses soins, ne stipulerait-il pas un salaire ? « Le mariage civil, disait Me Berryer dans une consultation sur cette question, doit être envisagé comme tout autre contrat, et l'entremise d'un mandataire salarié peut être autorisée et consacrée par les lois, sans blesser aucunement les bonnes mœurs et sans porter aucune atteinte à la liberté des contractants et aux conditions essentielles du mariage. »

Quelle que soit la valeur de ces considérations, elles n'ont jamais triomphé devant les tribunaux ; la jurisprudence est unanime pour déclarer entachée d'immoralité et nulle, comme telle, toute obligation souscrite au profit d'un tiers, à titre de rémunération de la négociation d'un mariage, que l'union projetée se soit ensuite réalisée ou non. Telle est aussi notre opinion. On ne saurait trop condamner cette industrie des entremetteurs, toute nouvelle dans nos mœurs, et qui consiste à traiter du mariage comme s'il s'agissait de l'achat d'un immeuble ou d'un établissement industriel. Quoi de plus triste

que de voir un entremetteur réclamer honteusement en justice le prix de ses bons offices?

Il faut que le mariage soit toujours le résultat de la volonté libre et spontanée des parties. Sans doute, l'entremetteur n'emploie pas la violence, mais il lui est bien difficile de ne pas se rendre coupable d'un dol. Il est personnellement intéressé à faire réussir une combinaison qui doit lui assurer un plus grand bénéfice en cas de succès ; et pour arriver à son but, il induira en erreur, il ne manquera pas d'exagérer les qualités, d'oublier les défauts ; il emploiera peut-être même la calomnie pour éloigner un rival.

Il faut que le mariage reste l'acte le plus saint et le plus sacré de la vie; le contrat qui en fait une industrie et une sorte de trafic est donc immoral. S'il est permis aux tiers de s'interposer, c'est uniquement quand leur intervention est le résultat d'une affection sincère et désintéressée (1).

(Cass. 17 mai 1841. S. 41. 1. 623. — Paris, 8 août 1853. S. 53. 2. 499. — Poitiers, 9 mars 1853. S. 53. 2. 653. — Rej. 1er mars 1855. S. 55. 1. 337. — Paris, 3 février 1859. S. 59. 2. 295. — Paris, 8 février 1862. S. 62. 2. 377.)

105. — Nous avons étudié les deux questions principales qui se rattachent à notre matière ; mais il peut s'en présenter d'autres plus ou moins sembla-

(1) Voyez sur cette question le remarquable rapport de M. Laborie, conseiller à la Cour de Cassation (S. 55. 1. 337).

bles; en pareil cas, on donnera toujours la même solution. C'est ainsi que l'on considère comme entachées de la même nullité, les stipulations par lesquelles deux pères se promettent réciproprement d'unir un jour leurs enfants et les clauses pénales qui pourraient être jointes à de semblables stipulations.

CHAPITRE IV.

DES FORMES ET DES EFFETS DU CONSENTEMENT AU MARIAGE.

106. Le consentement se donne-t-il nécessairement à la mairie? — 107. Des mariages *in extremis*. — 108. Peut-on se marier, comme dans notre ancien droit, par procureur? — 109. Si l'officier de l'état civil avait consenti à la célébration d'un mariage par procureur, l'union serait-elle entachée de nullité? — 110. De la forme dans laquelle les parties expriment leur consentement devant le maire. — 111. Le mariage est-il parfait par cela seul que les parties ont exprimé leur consentement devant le maire? — 112. Qu'arriverait-il dans le cas où l'une d'elles, après avoir donné verbalement son consentement, refuserait de signer? — 113. Quelle foi ferait l'acte de mariage en pareil cas? — 114. Le consentement peut-il être conditionnel? — 115. Effet du consentement reçu par l'officier de l'état civil.

106. — Nous avons vu que le consentement se donne devant l'officier de l'état civil, à la maison commune, devant un certain nombre de témoins. On pourrait toutefois se marier ailleurs; mais il faut toujours que la solennité ait lieu publiquement. Ainsi, le maire se rendra au domicile de l'une des parties dans le cas d'impossibilité pour l'une d'elles de se déranger.

107. — Tel serait le cas d'un mariage *in extremis*. Ces mariages sont aujourd'hui parfaitement valables. Cela a été formellement établi lors des travaux préparatoires et aucun doute ne saurait exister à cet égard (1). Dans notre ancien droit, les mariages de ce genre étaient prohibés par la Déclaration de 1639 et l'Édit de 1697, en ce sens qu'ils étaient privés de tous effets civils. Ainsi, ces mariages n'étaient pas nuls ou annulables; ils étaient valables, seulement ils ne produisaient aucun effet en droit. « Voulons, portait l'art. 6 de l'Édit de 1639, que la même peine (celle de la privation des successions) ait lieu contre les enfants qui sont nés de femmes que les pères ont entretenues et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie ». L'édit de 1697 a ensuite étendu cette disposition aux mariages que les femmes contractaient *in extremis*. « Voulons, porte le dernier art. de cet Édit, que l'art. 6 de l'Ordonnance de 1639, au sujet des mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie, ait lieu tant à l'égard des femmes qu'à celui des hommes et que les enfants qui sont nés de leurs débauches avant lesdits mariages, ou qui pourront naître après lesdits mariages contractés en cet état, soient, aussi bien que leur postérité, incapables de toute succession ».

(1) Voyez cependant Legrand du Saulle, La folie devant les tribunaux, p. 136, où il est dit que les mariages *in extremis*, autrefois tolérés, sont aujourd'hui prohibés ; c'est une erreur évidente.

Deux circonstances caractérisaient le mariage *in extremis* : l'existence de relations antérieures au mariage entre les époux ; la célébration du mariage au moment de la mort de l'un d'eux. Quand l'une de ces deux conditions faisait défaut, le mariage n'était pas *in extremis* et produisait tous ses effets ordinaires (Pothier. Contrat de mariage, n[os] 429 à 433. — D'Héricourt. Lois ecclésiastiques, Ch. V, art. 2, n° 84.).

On craignait que le consentement d'un mourant ne fût arraché par surprise et pour ainsi dire à son insu ; mais on redoutait surtout les mésalliances. Sous ce dernier rapport, nos idées ont changé, et si certaines personnes considèrent encore un titre de noblesse comme chose précieuse, du moins devant la loi il n'existe plus de classe privilégiée. Le principal motif de la prohibition des mariages *in extremis* a donc disparu. Et, d'un autre côté, on a considéré qu'en défendant ces unions on punirait les enfants que le mariage aurait légitimés. « Est-il d'ailleurs certain, disait Portalis, dans l'exposé des motifs, que cette loi fût bonne et convenable ? L'équité comporte-t-elle que l'on condamne au désespoir un père mourant dont le cœur, déchiré par le remords, voudrait, en quittant la vie, assurer l'état d'une compagne qui ne l'a jamais abandonné, ou celui d'une postérité innocente dont il prévoit la misère et le malheur? Pourquoi des enfants, qui ont fixé sa tendresse, et une compagne qui a mérité sa

reconnaissance, ne pourraient-ils pas, avant de recueillir ses derniers soupirs, faire un appel à sa justice? Pourquoi le forcerait-on à être inflexible dans un moment où il a lui-même besoin de faire un appel à la miséricorde? En contemplant la déplorable situation de ce père, on se dit que la loi ne peut, ni ne doit, si cruellement étouffer la nature ». (Portalis, Discours au Corps législatif dans la séance du 16 ventôse an XI. Dans Locré IV, p. 507.) (1).

On ne saurait prétendre que de pareils mariages seront entachés de clandestinité, puisqu'ils doivent être précédés et accompagnés des formalités ordinaires prescrites par la loi. De même, il est bien certain que le mourant doit donner un consentement libre et réfléchi. De graves difficultés pourront s'élever à cet égard en pratique; l'état mental chez le mourant n'est pas toujours sain; l'agonie offre souvent des phénomènes intellectuels aussi extraordinaires que la folie; en général, dans les maladies accompagnées de délire, la perte de l'entendement est absolue, tandis que dans d'autres cas, au contraire, les facultés de l'intelligence s'élèvent au dessus de leur niveau normal (cpr Legrand du Saulle. *Op. cit.*, p. 125 à 138.). Mais enfin, en droit, le principe n'en est pas moins certain : si le consente-

(1) Ces considérations ont été reproduites par le tribun Gillet dans son rapport au Tribunat et le tribun Bouteville dans son discours au Corps législatif. — Fenet IX, p. 185 et 203.

ment n'a pu être manifesté par le mourant, le mariage n'est pas seulement annulable, mais inexistant. — Les recueils de jurisprudence nous fournissent des exemples. Un sieur Sicard, après avoir fait accomplir toutes les formalités préalables à la célébration d'un mariage qu'il devait contracter avec une personne vivant maritalement avec lui, fut atteint, le 1er mars 1852, d'une attaque d'apoplexie. On appela immédiatement et en son nom, l'officier de l'état civil; celui-ci se rendit au domicile de Sicard et procéda au mariage; Sicard mourut dans la journée. Son frère attaqua le mariage et prouva que le défunt s'était trouvé dans l'impossibilité absolue de manifester sa volonté au moment de la célébration. Sa demande fut accueillie par le tribunal et par la Cour d'Alger (Alger, 1er avril 1853. S. 54. 2. 244.).

108. — Dans tout mariage, le contrat se forme et le consentement se manifeste conformément aux dispositions de l'art. 75. La solennité a lieu en présence des deux parties. On ne peut plus se marier aujourd'hui, comme à Rome et dans notre ancien droit, par procureur. Cette question, restée dans le domaine exclusif de la doctrine, est cependant fort controversée entre les jurisconsultes.

Dans un premier système, on soutient qu'il est permis de se marier par l'intermédiaire d'un mandataire. Telle était déjà la règle du droit romain (L. 5. *De ritu nuptiarum.*), du droit canonique et de notre ancien droit, et rien n'indique dans le code

l'intention de déroger à cette ancienne règle. Le mariage est un contrat ; or, il est toujours permis de contracter par l'intermédiaire d'un mandataire, à moins d'une disposition formelle de la loi. Mais aucun texte ne défend le mariage par procureur et les principes ordinaires du mandat l'autorisent.

En vain voudrait-on prétendre que certaines dispositions de la loi supposent la présence des parties en personne à la célébration du mariage. L'art. 36 du code Napoléon, invoqué par l'opinion contraire, nous dit bien que le mariage peut se faire au moyen d'un mandataire, par cela même qu'aucun texte spécial ne vient déroger à son principe. Si l'on veut que cet article suppose un cas dans lequel les parties sont obligées de comparaître en personne, nous dirons que cette hypothèse était autrefois celle de l'art. 294 en matière de divorce.

Sans doute, le maire doit lire certaines dispositions du code aux parties ; mais cette lecture est aussi prescrite par la loi pour les actes des notaires, et l'on peut cependant se faire remplacer dans ce dernier cas par un mandataire. D'ailleurs, la loi ne dit pas que cette lecture soit à peine de nullité.

Quant aux travaux préparatoires, on n'en peut tirer aucun argument, car il n'est pas sérieux de se fonder sur des paroles tout à fait fugitives du premier Consul et auxquelles on n'a attaché aucune importance.

Enfin, il n'est pas juste de soutenir que la faculté

de se marier par procureur porte une atteinte au principe de la liberté du consentement, car le futur époux conserve toujours le droit de révoquer, jusqu'au dernier moment, le mandat de son fondé de pouvoir.

(En ce sens : Merlin. V° Mariage, sect. 4, § 1. art. 1er. 4e question. — Toullier I, n° 574. — Coin. Delisle sur l'art. 36, nos 5 à 7. — Allemand I, nos 365 et suivants.).

Ce système n'est pas, selon nous, celui du code Napoléon. La loi n'a pas voulu permettre le mariage par procureur ; s'il n'est formellement défendu par aucun texte, il l'est au moins d'une manière implicite par plusieurs dispositions. Ainsi, l'art. 36 suppose des cas où les parties sont tenues de comparaître en personne, et l'on se demande quels peuvent être ces cas, si ce ne sont, celui de la célébration du mariage et autrefois celui de la prononciation du divorce par consentement mutuel (art. 294.). Vouloir restreindre cette explication de l'art. 36 au seul cas de divorce, c'est accuser le législateur d'avoir manqué de logique. Dans quel but, en effet, se serait-il montré moins exigeant pour la célébration que pour la dissolution du mariage? — De même, encore, quand l'art. 75 ordonne la lecture, par le maire, aux parties, du chapitre 6 du titre du mariage il suppose la présence des futurs époux, car cette lecture serait une formalité bien ridicule si elle était faite à d'autres personnes. Ce même article n'exige-t-il pas aussi

que l'officier de l'état civil « reçoive de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ».

Dans toutes ces dispositions, rédigées avec soin, la loi a entendu, non pas régler un simple cérémonial, mais déterminer les formes d'un contrat plus solennel que tout autre. Eh bien, le mariage perdrait toute sa gravité, et la solennité deviendrait même burlesque, si l'on pouvait se faire représenter par des tiers. Conçoit-on sérieusement deux époux se mariant par l'intermédiaire de procureurs et donnant mandat à deux hommes ou à deux femmes, ou même le fiancé à une femme et la future à un homme?

Tout cela manquerait de dignité, et le législateur n'a pu avoir l'intention d'autoriser de pareils travestissements dans un contrat qui doit inspirer le respect.

C'est ce qui résulte fort nettement d'une observation présentée par le premier Consul lors des travaux préparatoires. A propos des cas d'erreur sur la personne physique, comme cause de nullité de mariage, le premier Consul fit remarquer « que ces principes avaient encore pu être imaginés dans les temps où les mariages pouvaient être contractés par procuration; mais qu'ils étaient devenus sans objet aujourd'hui que le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes ». Sans avoir l'intention d'attacher à cette observation une importance trop grande, nous ferons observer cependant qu'elle ne manque

pas d'une certaine autorité par cela même qu'elle n'a été contredite par personne (Locré IV, p. 446.). Le premier Consul rappelait la règle nouvelle, établie, comme nous l'avons vu, par les lois du droit intermédiaire et à laquelle on ne voulait rien changer.

Enfin, au point de vue de la liberté du consentement, la présence des époux nous paraît de la plus haute importance. C'est une garantie que la volonté des époux est bien personnelle, bien réfléchie ; plus d'une fois, on a vu une jeune fille tourmentée par ses parents, se laisser conduire devant le maire, et là seulement, en public, au dernier moment, acquérir enfin une énergie suffisante, par la présence du représentant de la loi, pour retirer son consentement.

(En ce sens : Locré. Esprit du code civil, II, p. 156. — Delvincourt I, p. 168, note 1. — Favard Vis. Actes de l'état civil, sur l'art. 36, n° 5 et suiv. — Rieff. Des actes de l'état civil n° 32. — Duranton I, 287. — Vazeille I, 184. — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing I, 285. — Demante I, 240 bis. I. — Marcadé sur l'art. 36. — Richelot I, 175. — Massé et Vergé I, p. 177. — Demolombe III, 210. — Aubry et Rau IV, p. 98, note 8. — Girard. Des nullités de mariage, p. 276, note 3. — Bastia, 2 avril 1849. S. 49. 2. 338.)

109. — L'officier de l'état civil a donc le droit de se refuser à célébrer un mariage que l'on voudrait

contracter par mandataire. Mais, dans le cas où, n'usant pas de ce droit, il procéderait à la célébration du mariage, l'union n'en serait pas moins parfaitement valable et la nullité n'en pourrait être demandée par personne, pas même par l'époux représenté; il n'existe, en effet, aucun texte qui prononce cette nullité et il faut bien, dès lors, reconnaître qu'il s'agit d'un empêchement purement prohibitif (Aubry et Rau, Demolombe, Girard. *Loc. cit.* Contra : Bastia, 2 avril 1849.). Mais cette solution suppose que l'époux représenté consentait au mariage : s'il y avait eu violence ou erreur, on appliquerait les règles que nous étudierons plus loin ; de même, dans le cas où cette personne aurait révoqué le mandat au moment de la célébration, même à l'insu du mandataire et de l'autre contractant, le mariage serait inexistant pour absence totale de consentement de la part de l'une des parties; personne ne songerait, en effet, à appliquer au mariage les règles particulières des art. 2005 et 2008 (1).

(1) « Il faut que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration. Si elle avait été révoquée avant la célébration, le mariage ne serait pas valablement contracté, quand même, lors de la célébration, mon procureur et la personne qu'il a épousée en mon nom auraient ignoré et n'auraient pu savoir cette révocation. En cela, le mariage est différent des autres contrats, auxquels on donne effet contre le mandant, lorsque son procureur et celui avec qui son procureur a contracté, ont contracté de bonne foi dans l'ignorance de la révocation du mandat. L. 15, *Mandati*. La raison de différence est que le consentement des

110. — Nous supposons donc les deux futurs conjoints présents en personne devant l'officier de l'état civil. Après avoir donné lecture du chapitre 6 du titre du mariage, le maire interpelle chaque partie l'une après l'autre. Les époux doivent répondre de vive voix qu'ils entendent se prendre pour mari et femme. Cette réponse est essentielle : le contrat ne se formerait pas si l'on ne voulait ou ne pouvait manifester sa volonté.

Mais si le consentement doit, en général, être exprimé de vive voix (Loi du 20 septembre 1792, sect. 4, art. 5), cette forme n'est toutefois pas sacramentelle : il suffit d'une affirmation certaine, même par gestes ou par signes. Il a été dit, en effet, à la discussion au Conseil d'Etat, que les sourds-muets pourraient se marier en manifestant leur volonté d'une manière quelconque.

111. — Quand les deux consentements ont été échangés, le contrat n'est pas encore parfait : il faut que l'officier de l'état civil prononce l'union des époux; cette formalité est substantielle et « seule imprime à l'engagement mutuel des époux le caractère d'un contrat public et indissoluble » (Demolombe III, 212.).

Mais à partir de ce moment, le contrat est parfait,

parties est tellement de l'essence du mariage au temps auquel il se contracte que lorsqu'il a cessé, par la révocation de la procuration quoiqu'ignorée, il ne peut pas se suppléer pour quelque cause que ce soit » (Pothier. Contrat de mariage, n° 367.).

lors même que l'acte, dont la loi prescrit la rédaction immédiate (art. 76), n'aurait pas été dressé, et que par suite d'une circonstance extraordinaire, comme le cas d'apoplexie du maire, il ne pourrait être rédigé sur le champ.

112. — De même, c'est en vain que l'une des parties, après avoir verbalement consenti, refuserait de donner sa signature.

La question s'est présentée devant les tribunaux.

Il est aussi arrivé qu'après la proclamation du mariage par le maire et pendant qu'on dressait l'acte, le mari sortit de la maison commune et refusa ensuite de rentrer et de signer; le mariage n'en a pas moins été déclaré parfaitement valable (Montpellier, 4 février 1840. S. 40. 2. 160.). — L'acte de mariage n'est donc pas exigé *ad solemnitatem*, mais seulement *ad probationem*, et il en était déjà ainsi dans notre ancien droit de l'acte dressé par le curé (Pothier, n° 378.).

Mais il faut supposer, bien entendu, un consentement parfaitement valable et un refus de signer par pur caprice. La question changerait complétement, si l'on refusait de donner sa signature en alléguant que le consentement oral a été extorqué par violence; en pareil cas, le refus de signature constituerait une présomption très-grave de violence, mais enfin le contrat n'en existerait pas moins; il serait seulement annulable pour cause de vice dans le consentement et il faudrait appliquer le droit commun,

c'est-à-dire en faire prononcer la nullité dans le délai de six mois.

113.— Lorsque l'une des parties a refusé de signer sans motifs, quelle foi fait l'acte de mariage privé de signature ?

On a dit que cet acte ne fait pas foi du mariage, parce que l'art. 39 n'accorde à l'officier de l'état civil le droit de suppléer à la signature des contractants qu'autant que ceux-ci ne peuvent pas signer ; or, dans notre hypothèse, il s'agit d'une partie qui n'a pas voulu donner sa signature (Richelot I, n° 143, note 15.) et comme, en définitive, ce droit de suppléer au défaut de signature de l'une des parties est exorbitant, on ne saurait le donner à l'officier de l'état civil sans un texte formel.

Dans un second système, on a soutenu que la loi n'ayant pas prononcé la nullité des actes de l'état civil, non conformes à ces prescriptions, on ne saurait décider d'une manière absolue que cet acte soit entaché de nullité : il s'agit, avant tout, d'une question abandonnée à l'appréciation des tribunaux (Demolombe III, n° 213.).

Nous préférons cependant décider que cet acte est parfaitement valable ; l'absence de signature de l'une des parties est suppléée par la mention de l'officier de l'état civil, qu'elle a refusé de signer. En vain dirait-on que cet officier n'a pas qualité à cet égard ; le contraire résulte de l'art. 75 qui le charge de constater la célébration du mariage et la manière dont elle s'est opérée.

114. — Le consentement donné par les futurs époux doit être pur et simple : il ne saurait être conditionnel. Ainsi, dans le cas où la femme aurait donné son consentement à la condition que l'union serait ensuite célébrée à l'église, le mariage n'en resterait pas moins parfaitement valable malgré le refus postérieur de la part du mari de recevoir la bénédiction nuptiale (1).

(1) Mais ce refus autoriserait-il une demande en séparation de corps? Pour l'affirmative, on a dit que le refus constituerait une véritable injure faite par le mari à sa femme. — (Bressoles, Revue de législation, 1846, II, 1857. — Demolombe IV, 390. — Aubry et Rau IV, p. 154. — Montpellier, 4 mai 1847. S. 47. 2. 418. — Voyez cependant en sens contraire : Thieriet. Revue de législation, 1846. III, p. 170.) — M. Batbie soutient aussi que ce refus peut ne pas constituer une injure grave et il « admire le tour de force par lequel la jurisprudence de la Cour d'Angers et l'éminent jurisconsulte de Caen ont trouvé là un cas de séparation de corps pour injure grave..... Ce refus pourrait être fait de la manière la plus respectueuse. Supposons que le mari, dise en refusant : J'avais trop présumé de mes forces, et le désir d'être uni à vous m'avait décidé à passer sur toutes les exigences de la religion ; mais aujourd'hui, j'ai réfléchi, et il m'est impossible de participer à une cérémonie que mon incrédulité profanerait » (Revue critique, 1866, page 130, note). Mais cela revient toujours à dire, que la formule soit plus ou moins polie : Je ne tiens aucun compte de vos sentiments religieux et vous allez en faire le sacrifice à mon incrédulité. Que m'importe que vous soyez d'après votre conscience en état de concubinage ; *j'avais trop présumé de mes forces*, et puisque je n'ai pas le courage de me soumettre à la religion, vous aurez celui de me sacrifier vos croyances, et de vivre, à vos propres yeux, dans l'immoralité. Si ce n'est pas injurier une femme que de la contraindre à ac-

115. — Par le seul échange de ces deux consentements, que reçoit l'officier de l'état civil, le mariage est en effet parfaitement valable : ainsi, l'on n'exige pas l'intervention de l'Eglise, ni la cohabitation; *consensus non concubitus nuptias facit*. Cette règle est si élémentaire, qu'il ne paraît pas nécessaire de s'y arrêter.

cepter un déshonneur perpétuel, alors comment faut-il qualifier ce fait?

CHAPITRE V.

DES VICES DU CONSENTEMENT.

116. Distinction entre l'absence de consentement et l'existence d'un consentement entaché d'un vice.

116. — Nous avons supposé jusqu'à présent un consentement valablement donné devant l'officier de l'état civil et suivant les prescriptions de la loi. Mais il peut se faire qu'en réalité, l'on n'ait pas consenti ou bien qu'on ait imparfaitement consenti. Un aliéné consent en apparence, mais au moment même où il semblait manifester une volonté, il était sous l'influence d'un accès de folie ; telle autre personne, parfaitement saine d'esprit, consent, mais parce qu'on a employé les menaces ou les violences les plus graves pour la contraindre à se marier; telle autre encore consent à s'unir à un individu qu'elle croit dans une position honorable et cet homme est un forçat libéré, ou même une personne autre que celle à laquelle elle voulait s'unir. Qu'arrivera-t-il dans tous ces cas?

Il importe, avant tout, de ne pas confondre l'ab-

sence complète de consentement avec le simple vice dans le consentement. L'absence de consentement empêche le mariage d'exister ; au contraire, lorsque le consentement a été vicié, le mariage existe, mais la nullité peut être demandée pendant un certain temps. Dans le premier cas, le mariage est inexistant ; dans le second, il est simplement annulable, et de plus, la nullité n'est pas absolue, mais relative.

De là résultent des différences fort importantes entre nos deux hyphothèses et dont nous nous occuperons en parlant de l'action en nullité, après avoir étudié les vices du consentement qui rendent le mariage annulable.

Dans la matière des obligations, la loi s'occupe de trois vices du consentement : l'erreur, la violence et le dol (art. 1109 à 1118) ; de ces trois causes d'annulation, la loi n'en admet que deux pour le mariage, la violence et l'erreur.

SECTION I.

De la violence.

117. De la violence en général. — 118. De la violence physique. — 119. De la violence morale : caractères qu'elle doit présenter. — 120. Du rapt.

117. — Si la violence est considérée par le législateur comme un vice de nature à rendre tout contrat

annulable, à plus forte raison doit-elle présenter ce caractère lorsqu'il s'agit du mariage, du contrat où la volonté des parties doit être surtout libre et spontanée. *Nihil tam contrarium est consensui*, disait la loi romaine, *quam vis et metus* (L. 116. *De reg. jur.* 50. 17.). Il ne faudrait cependant pas croire que toute violence exclut nécessairement, et d'une manière absolue, le consentement. Tel peut bien être l'effet de la violence physique; mais au contraire, la violence morale suppose plutôt un consentement donné en connaissance de cause, qui, toutefois, aurait été refusé si l'on ne s'était pas trouvé sous le poids d'une contrainte; la violence, en un mot, provoque un consentement qui n'aurait pas été donné spontanément et librement, *coacta voluntas, voluntas est* (L. 21, § 5. *Quod metus causa.*).

118. — Nous ne nous occuperons pas de la violence physique; il paraît impossible qu'elle puisse se présenter, par cela même que le mariage se fait devant l'officier de l'état civil. Pour concevoir l'existence d'une violence physique, il faudrait admettre que l'officier public ait, lui-même, été violenté ou ait été complice de la violence. Cette hypothèse paraît bien extraordinaire ; et si elle venait à se réaliser, le mariage ne serait pas seulement annulable, mais inexistant, car la violence physique ne suppose pas un vice de consentement, mais l'absence totale de consentement.

119. — On comprend, au contraire, l'existence

d'une violence morale, et par cela même qu'elle pèse lourdement sur la volonté, elle a été envisagée par le législateur comme une cause de nullité du mariage.

La loi ne dit pas quels caractères devra présenter cette violence pour autoriser une action en nullité ; il en résulte que cette question est, avant tout, de fait, et, comme telle, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. De plus, les juges ne sont même pas obligés d'appliquer ici les dispositions des art. 1111 — 1114 du titre des obligations et le jugement par lequel ils écarteraient ces dispositions ne saurait être soumis à la censure de la cour suprême. L'opinion contraire a cependant été soutenue par des auteurs éminents. On a dit que les art. 1111 à 1114 sont applicables à tous les contrats tant qu'il n'y est pas dérogé par des règles spéciales ; on devrait donc y recourir aussi pour le mariage, d'autant plus que, « si spécial que soit notre titre, il ne faut pourtant pas croire qu'il puisse se suffire à lui-même » (Demol. III. 248. — cpr Dalloz. V° Mariage, n° 245.).

Cependant l'exactitude de cette solution nous paraît contestable. Dans le titre du mariage, le législateur a inséré des dispositions relatives et spéciales au consentement ; elles écartent donc le droit commun. On n'a voulu soumettre le juge à aucune règle précise : c'est ce qui résulte bien aussi des travaux préparatoires (Locré IV, p. 360 et 361, 552 et 553.).

Les juges pourront dès lors consulter les disposi-

tions précitées, mais à titre de simple renseignement; de même, les règles que nous allons poser sur les caractères de la violence n'ont rien d'absolu; nous les indiquerons parce qu'elles sont généralement admises, mais tout en reconnaissant que les magistrats sont libres de ne pas les considérer comme règles forcées de conduite.

La violence devra présenter un certain caractère de gravité pour autoriser la demande en nullité; mais le degré de gravité variera suivant l'âge, le sexe, la condition de celui qui l'a subie. La simple crainte révérentielle d'un ascendant ne saurait suffire; quand un père use de son autorité légitime pour décider un enfant à contracter mariage, on ne peut dire qu'il se rend coupable de violence dans le sens de la loi. Mais il ne faut pas qu'il abuse de ses droits, car il arriverait un moment où la crainte cesserait d'être révérentielle et constituerait une véritable violence. Quel est ce moment? On conçoit que cette question est bien délicate et doit être résolue par les juges avec la plus grande circonspection. Qu'on laisse une jeune fille dans un couvent pendant quelque temps, pour la déterminer à contracter tel mariage, on ne fera qu'user de l'autorité paternelle; mais qu'on la menace de l'y maintenir indéfiniment, surtout après sa majorité, ou bien qu'on la tienne séquestrée dans sa chambre, on se rend alors coupable de violence.

Les parents ne devront pas oublier qu'à la majorité, les enfants deviennent libres et peuvent léga-

lement quitter le domicile paternel; ils ne leur doivent plus obéissance, mais seulement honneur et respect (1).

En second lieu, il faut que la violence soit injuste, *contra bonos mores*. Mais c'est encore là une question de fait. Ainsi, que la fille d'un failli ou d'un insolvable épouse le principal créancier de son père pour éviter à ce dernier la contrainte par corps, pourra-t-elle ensuite demander la nullité du mariage pour cause de violence? Non, en général; il faudrait pourtant reconnaître qu'il en serait autrement si la menace d'une pareille contrainte avait été employée méchamment par le créancier et dans le but de contraindre la fille de son débiteur à l'épouser.

On ne saurait dire toutefois que la violence est *contra bonos mores* quand elle résulte d'un fait dont la personne violentée s'est elle-même rendue coupable et de nature à la faire condamner en justice. Ainsi, un individu s'est rendu coupable de viol ou d'enlèvement; la victime ou ses parents le menacent de porter plainte s'il ne consent pas à contracter mariage; il consent; c'est en vain que dans la suite il

(1) A plus forte raison des parents ne pourraient s'opposer valablement au mariage de leur fille majeure sous prétexte que celle-ci ayant quitté le domicile de ses parents pour se rendre chez son futur mari, n'est pas libre et se trouve sous l'empire d'une véritable violence résultant de son aveugle passion; les tribunaux devraient donner main-levée d'une pareille opposition (Cass. 21 mars 1809. S. 1809. 1. 199.).

voudrait demander la nullité du mariage (1). Mais si l'acte sur lequel on s'appuie pour exercer une violence n'est pas puni par les lois, la violence devient injuste et les tribunaux prononceront la nullité du mariage. Qu'un homme surpris en relation avec une jeune fille, l'épouse dans la crainte d'un duel, d'un outrage, de la mort dont on le menace, la nullité du mariage pourra être demandée et prononcée (2).

Il faut donc, en général, que la violence ait été grave et injuste. Mais il n'est pas nécessaire que le mal dont on nous menace soit présent : il peut être futur (cpr la rédaction vicieuse de l'art. 1112 provenant d'une erreur de Pothier qui n'a pas compris la Loi 9 *Quod metûs causa*). L'opinion contraire de Pothier est évidemment erronée (Contrat de mariage, nº 316.). Peu importe aussi quel est l'auteur de la violence, que ce soit un tiers ou l'autre conjoint. Il n'est pas non plus nécessaire que la violence ou les menaces portent sur la personne même du conjoint; elles peuvent s'adresser à l'un de ses proches pa-

(1) « Si un homme qui aurait abusé une jeune fille, disait Pothier, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle aurait obtenu contre lui et qu'elle était prête à mettre à exécution, le mariage sera valable et cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence, car le décret de prise de corps obtenu contre lui était une voie de droit et non pas une violence *adversus bonos mores* » (Contrat de mariage, nº 316).

(2) Voyez cependant la distinction que fait M. Demolombe III, nº 248.

rents, à un ascendant, à une fille, à une sœur, ou même à un ami dévoué. Si la loi, dans l'art. 1113 parle seulement des ascendants, c'est à titre d'exemple ; son but est avant tout de poser en principe que la violence suffit pour vicier le consentement.

120. — Nous ne pouvons quitter cette matière sans dire, en terminant, deux mots du rapt. Nous avons vu qu'il formait autrefois un empêchement dirimant de mariage. Dans le projet primitif du code Napoléon, l'art. 4, correspondant à l'art. 146 portait : « il n'y a pas de consentement..... 3) s'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a eu recouvré sa pleine liberté ».

Cette disposition fut critiquée par la Cour d'appel d'Orléans. « Ne serait-il pas convenable, disait-elle dans ses observations, même nécessaire, pour assurer d'autant mieux la liberté du consentement, de déterminer un délai avant lequel un mariage ne pourrait être valablement contracté dans le cas dont il s'agit. Il semble que ce délai ne peut être moindre de six mois ou même d'un an ; le consentement ne sera pas parfaitement libre tant qu'il pourra rester dans l'esprit de la personne ravie des traces des impressions qu'elle a pu recevoir pendant que le rapt a duré ; et un mariage contracté aussitôt après ce crime, semblerait n'en être que la suite, et en quelque sorte la récompense » (Obs. de la Cour d'appel d'Orléans, p. 7.).

Cette opinion fut soutenue, lors de la discussion au Conseil d'Etat, dans la séance du 26 fructidor an IX, par M. Rœderer, qui invoqua l'ancien droit en sa faveur. Mais il fut répondu que les dispositions de notre ancien droit sur cette matière, avaient, avant tout, pour objet, d'empêcher les mésaillances; puis, toutes les parties de cet article furent successivement attaquées comme inutiles et l'on décida, sur la proposition de MM. Réal et Bigot-Préameneu, qu'on se bornerait, dans cet article, à poser le principe général : il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement (Locré IV, p. 312 et procès-verbal du Conseil d'Etat I, p. 237 à 240).

On applique donc au cas de rapt, le droit commun; le rapt ne s'oppose pas au mariage pourvu que la personne ravie donne un consentement libre. Cela suppose forcément qu'elle a recouvré sa liberté, mais il n'est plus nécessaire qu'elle ait été, comme l'exigeait le concile de Trente, *a raptore separata et in loco tuto constituta...*

Le rapt constitue du reste, encore de nos jours, une infraction à la loi pénale lorsqu'il est exercé sur une personne mineure; la loi le considère comme un crime et le punit tantôt de la réclusion, tantôt des travaux forcés à temps (Art. 354, 355, 356, code pénal.). Par exception, si le ravisseur est lui-même un mineur, le rapt devient un simple délit puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans (Art. 356. al. 2.). Mais dans tous les cas, lorsque le ra-

visseur a épousé la fille qu'il a enlevée, il ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage, et condamné qu'après l'annulation du mariage (art. 358). Cette double dérogation au droit commun ne doit pas être considérée comme une exception de faveur purement personnelle au ravisseur : elle a sa cause dans le mariage lui-même que la loi a voulu protéger. Cela résulte bien évidemment de ce que l'exercice de l'action criminelle est autorisé seulement après que la nullité du mariage a été prononcée. Aussi le bénéfice de cette double exception ne doit pas être restreint à l'auteur principal : il faut l'accorder encore aux complices de l'enlèvement. Toute poursuite, même restreinte aux seuls complices, aurait pour résultat nécessaire d'affaiblir le respect qui est dû au mariage et porterait le trouble dans la famille ; la loi, dans une vue d'ordre général a subordonné, dans notre cas, l'intérêt de la répression à celui de la stabilité et de l'union de la famille (Chauveau et Hélie. Code pénal IV, p. 390. — Le Sellyer. Droit criminel II, 512. — Faustin Hélie. Inst. crim. III, p. 116. — Crim. rej. 2 octobre 1852. S. 52. 1. 688. (En sens contraire : Cour d'assises de la Seine, 26 mars 1834. S. 34. 2. 276.).

SECTION II.

De l'erreur.

121. — De même que la violence, l'erreur peut être plus ou moins grave ; aussi toute erreur ne saurait autoriser une demande en nullité de mariage. L'erreur a des degrés différents : tantôt elle porte sur la personne, soit physique, soit civile, tantôt sur des qualités de cette personne ; on a cru épouser un homme honorable et l'on se trouve unie à un forçat libéré ; on a voulu prendre une femme riche et l'épouse choisie n'a pas même une dot. Toutes ces erreurs annulent-elles le mariage? Evidemment non. Il faut faire des distinctions ; mais avec ces distinc-

tions commencent aussi les difficultés de la matière. La loi est, en effet, fort obscure sur ce point. L'art. 180 porte simplement : « Lorsqu'il y a erreur *dans la personne*, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. » Quel est le sens de ces expressions : Erreur dans la personne ? On est loin de s'entendre sur ce point ; et il ne saurait en être autrement, car il résulte de la discussion, fort longue et fort confuse du Conseil d'Etat, que les rédacteurs de la loi, après avoir émis sur l'erreur des idées assez inexactes, ont passé à une autre question sans se rendre bien compte de la solution qu'ils avaient adoptée.

Selon nous, il faut distinguer deux espèces d'erreurs : l'erreur sur la personne, soit physique, soit morale, et l'erreur sur de simples qualités, soit physiques, soit morales, de la personne. La première, seule, est tantôt une cause d'inexistence, tantôt une cause de nullité ; l'autre, n'empêche pas le mariage d'être parfaitement valable.

122. — Il est très-difficile, sinon impossible, d'imaginer un cas d'erreur sur la personne physique ; il faut supposer, au moment du mariage et devant l'officier de l'état civil, une substitution matérielle dont ne s'apercevrait pas l'autre époux ! Mais en admettant qu'une pareille hypothèse puisse se présenter, le mariage, comme nous le verrons bientôt, serait alors inexistant, et non pas annulable ; l'erreur sur la personne physique, ne produit pas un vice dans le con-

sentement ; elle est exclusive de tout consentement.

123. — Au contraire, l'erreur sur la personne civile peut exister dans quelques hypothèses ; et l'on en trouve plusieurs exemples dans les arrêts.

Un individu, fait prisonnier dans les guerres d'Espagne, habitait Bourges où il se trouvait en surveillance ; dans cette ville, il se fit passer pour le fils du baron de Ferry et de Marie Pozzi. A l'appui de ses allégations, il présentait un acte de baptême du 5 février 1811 ; mais cet acte n'était pas légalisé, et comme on l'invitait à faire remplir cette formalité, il disait qu'il lui était impossible d'y satisfaire parce qu'il avait été proscrit de sa patrie. A défaut d'acte de naissance et afin de pouvoir se marier, il se rendit devant le juge de paix accompagné de sept personnes parmi lesquelles se trouvaient six prisonnier espagnols ; toutes attestèrent qu'il était le fils du baron de Ferry et le juge de paix délivra un acte de notoriété. Il épousa ensuite, le 12 juillet 1824, la demoiselle Beauger, de Tulles ; puis il disparut au bout de quelque temps, après avoir commis plusieurs faux. La demoiselle Beauger le fit rechercher et dans ses investigations, elle acquit la preuve que son mari n'avait jamais été le fils du baron de Ferry. La demande en nullité de mariage, repoussée par le tribunal de Bourges (Jugement du 17 août 1826), sous prétexte que la loi n'annule pas le mariage pour erreur sur la personne civile, fut accueillie ensuite par arrêt de la cour de Bourges, en date du

6 août 1827 qui rejeta, avec raison, le système du tribunal (Bourges, 6 août 1827. D. 29. 2. 71.).

124. — Ce système du tribunal de Bourges a été, toutefois, professé par certains auteurs qui n'ont voulu reconnaître comme cause de nullité, que l'erreur sur la personne physique. A l'appui de cette opinion on a invoqué les termes de la loi : erreur dans la personne. L'explication donnée par Portalis, dans son discours sur notre titre paraît aussi conforme à cette interprétation : « L'erreur en matière de mariage, disait l'orateur du gouvernement, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne ; on me trompe ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul » (Locré IV, p. 510.).

Cette opinion, professé par les premiers commentateurs (Zachariæ, Ed. Massé et Vergé I, p. 205 et 206. — Delvincourt I, p. 73, note 3. — Cpr aussi Riom, 30 juin 1828. D. 28. 2. 219.), est aujourd'hui repoussée. Que Portalis n'ait donné qu'un exemple d'erreur sur la personne physique, cela ne prouve pas qu'il ait entendu exclure l'erreur sur la personne civile ; et même en admettant que telle ait été sa pensée, on ne saurait y voir celle de la loi, mais

simplement l'opinion particulière d'un orateur. Or, on peut d'autant moins s'arrêter à cette interprétation de l'art. 180, qu'elle est tout à fait fausse. Cet article n'a pas pu avoir en vue, malgré les termes généraux qui s'y trouvent, l'erreur sur la personne physique seulement ; nous n'admettons même pas qu'il embrasse tout à la fois, l'erreur sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile ; selon nous, il est spécial à cette dernière. Il est impossible que les rédacteurs aient eu en vue, dans l'art. 180, l'erreur sur la personne physique, d'abord, parce que cette hypothèse ne peut se présenter en pratique ; or, il faut bien reconnaître que la loi n'a pas été faite pour des cas chimériques ; ensuite, parce que l'erreur sur la personne physique ne suppose pas un simple vice, mais l'absence totale de consentement, et rentre, dès lors, sous l'application de l'art. 146.

125. — Il ne faudrait toutefois pas croire que l'erreur sur la personne civile soit toujours et nécessairement une cause de nullité ; pour qu'elle produise cet effet il est indispensable qu'elle ait été la cause déterminante du mariage. Sous ce rapport, elle diffère encore de l'erreur sur la personne physique. Cette dernière entraîne toujours et nécessairement inexistence du mariage. L'erreur sur la personne civile ne doit être envisagée, au contraire, comme produisant nullité du mariage, qu'autant qu'elle constitue la cause du contrat. S'il était éta-

bli, par exemple, que le mariage aurait eu lieu, même dans le cas où cette erreur n'aurait pas existé et où l'on aurait connu la véritable qualité civile de celui qu'on a épousé, le mariage serait parfaitement valable. On ne peut pas dire, en effet, dans ce cas, que le consentement se trouve entaché d'une erreur sans laquelle il n'aurait pas été donné.

126. — Certains auteurs exigent même quelque chose de plus : ils veulent que la personne victime de l'erreur l'ait été par le fait de l'autre contractant. Autrement dit, l'erreur sur la personne civile ne serait une cause de nullité qu'autant que la personne sur laquelle elle porte, serait de mauvaise foi. « Lorsque l'erreur a été commune aux deux contractants, dit M. Allemand, pourquoi punir l'auteur d'une faute qui n'est pas la sienne et dissoudre, sur la demande de l'autre, un nœud que peut-être son imprudence a contribué à former » (Allemand. Mariage, n° 163. Cpr Proudhon I. 395.). Cette idée ne nous paraît pas exacte ; c'est se placer à un faux point de vue que d'envisager la nullité du mariage comme une peine dirigée contre la personne sur laquelle l'erreur a porté. Toute la question est de savoir s'il y a eu erreur sur la personne civile. En cas d'affirmative, quelle que soit la cause de cette erreur, la nullité devra être prononcée. La loi n'a établi aucune distinction. Sans doute, en fait, il est bien difficile qu'une pareille erreur se réalise sans qu'il y ait ou dol ou manœuvres frauduleuses de

l'autre partie; mais enfin, il n'en faut pas moins reconnaître que, même dans le cas où cette mauvaise fois ne se rencontrerait pas, la nullité du mariage pourrait également être demandée et prononcée (Valette sur Proudhon I, p. 395. Note *a*. — Aubry et Rau IV, p. 63. — Demolombe III, n° 252.).

127. — Toutes ces questions ne présentent pas de grandes difficultés; mais si nous passons à l'erreur sur les qualités de la personne, nous allons rencontrer dans les auteurs une grande divergence d'opinion et dans les tribunaux une jurisprudence encore aujourd'hui bien vacillante.

Tout le monde reconnaît, il est vrai, que l'erreur sur les qualités ordinaires d'une personne ne saurait entacher le mariage de nullité : telle serait l'erreur sur la fortune, sur le titre de naissance, sur le rang de l'autre partie. Nous avons déjà rencontré cette règle dans notre ancien droit. « Par exemple, disait Pothier, si j'ai épousé Marie la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture, ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée, ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été déjà flétrie par la justice, dans tous les cas, le mariage que j'ai contracté avec elle, ne laisse pas d'être valable nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet » (Contrat de mariage, n° 310.). En pareil cas, en effet, on n'en a pas moins contracté un mariage; et si, du reste, de pareilles erreurs pouvaient être accueillies

comme cause de nullité, on verrait, en réalité, le divorce reparaître sous une autre forme. C'est toujours un fait grave que d'annuler un mariage : il faut donc aussi une erreur d'une gravité tout à fait exceptionnelle pour autoriser une pareille mesure.

La nullité pour erreur sur une simple qualité ne serait pas admise, même dans le cas où l'erreur aurait été produite par des manœuvres frauduleuses de l'autre partie. — Le premier Consul avait proposé une règle contraire au Conseil d'Etat (Locré IV, p. 439.) ; mais son opinion n'a pas été admise.

Toutefois, il ne faut jamais perdre de vue que, dans certains cas, l'erreur portant sur une certaine qualité, constitue en réalité une erreur sur la personne même : on devrait, dès lors, en pareil cas, admettre la demande en nullité pour erreur, non sur la qualité de la personne, mais sur la personne civile elle-même. Tel serait le cas, déjà cité par les canonistes, d'un prince demandant la main de la fille aînée d'un autre prince et auquel on enverrait la fille cadette (1).

Mais en dehors de ce cas, lorsqu'il s'agit d'une véritable erreur sur une qualité de la personne, cette

(1) Vazeille donne un autre exemple : « qu'un financier opulent, dit-il, et sa fille unique, avide des honneurs de la pairie pour elle-même, aient arrêté son mariage avec le fils aîné d'un pair ; si l'on a eu l'adresse de ne lui faire épouser qu'un second fils destiné à retirer uniquement une faible réserve légale de la succession de ses auteurs, la nullité du mariage pourra être prononcée » (I n° 69).

erreur est toujours indifférente. Telle est du moins la solution que nous adoptons sur cette grave question.

128. — On a dit que certaines erreurs sur les qualités d'une personne constituent, en réalité, des erreurs sur la personne elle-même et donnent lieu à une action en nullité. Ces erreurs sont celles qui portent sur une qualité tellement importante que son absence empêche le mariage d'être celui que le contractant avait en vue. Il est, en effet, des qualités qui rendent l'individu habile au mariage, qui en font, comme disait Demante, une *personne mariable*. Ces qualités sont substantielles et constitutives de la personnalité ; l'erreur qui porterait sur l'une d'elles, aurait pour objet la substance même du contrat et devrait, dès lors, autoriser une demande en nullité (art. 1110) : tel serait le cas où l'on aurait, par erreur, épousé un impuissant, un prêtre, un condamné à une peine afflictive et infamante.

Tout ce système repose sur une confusion continuelle entre la personne civile et les qualités civiles ou sociales d'une personne. L'erreur sur la personne civile est celle qui porte sur l'individualité civile ; il n'y a pas, si l'on peut s'exprimer ainsi, erreur sur l'identité physique, mais sur l'identité civile ; il faut donc que l'erreur porte à la fois sur le nom et sur l'ensemble des qualités sociales qui distinguent une personne de toute autre du même nom. Pierre doit épouser Marie, qui ne l'a jamais vu ; il disparaît et

Paul se présente sous le nom de Pierre, avec sa qualité, ses noms, etc. ; il y a erreur dans la personne civile ! Mais du moment que l'individualité civile reste la même, l'erreur porte sur une simple qualité. Cette individualité peut être, sans doute, altérée d'une manière plus ou moins grave, mais enfin elle ne disparaît pas ; la personne civile est modifiée dans certaines de ses parties, mais elle n'est pas remplacée par une autre. La distinction nous paraît bien précise entre les deux cas et nous ne comprenons pas qu'on ait pu l'accuser d'inconséquence en disant que l'erreur sur la personne civile est en réalité une erreur sur une qualité de la personne (Demolombe III. 253.).

Ce système nous paraît, au contraire, le plus conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Tout en reconnaissant que les travaux préparatoires présentent sur cette question une confusion et une obscurité regrettables, il n'en faut pas moins avouer qu'après bien des discussions, les rédacteurs de la loi en sont restés aux principes de notre ancien droit.

Or, il n'est pas douteux qu'à cette époque l'erreur sur les qualités de la personne, n'autorisait jamais une action en nullité ; on avait bien soin de la distinguer de l'erreur sur la personne (cpr les §§ 308 à 310 de Pothier, Contrat de Mariage avec les §§ 310 à 315 du même auteur.).

La première discussion qui eut lieu à ce sujet au

Conseil d'Etat, s'éleva dans la séance du 26 fructidor an IX, à propos de l'art. 146 actuel où il était parlé de l'erreur dans la personne comme cause de nullité. Réal expliqua le sens de cette disposition en disant que « *dans la jurisprudence actuelle*, l'erreur ne vicie le mariage que lorsqu'elle porte *sur l'individu* et non quand elle ne tombe que sur *les noms et qualités* ». Mais cette explication ne put satisfaire le premier Consul qui la combattit. « Le nom, dit-il, les qualités, la fortune entrent dans les motifs qui déterminent le choix d'un époux ou d'une épouse. L'erreur sur ces circonstances détruit donc le consentement, quoiqu'il n'y ait pas d'erreur sur l'individu ». La question était donc posée de savoir si l'erreur sur certaine qualité autorisait les demandes en nullité. Or, il n'est pas douteux que le résultat de la discussion fut contraire au premier Consul. Bigot Préameneu proposa, en effet, pour terminer cette discussion, de rédiger l'art. 4 du projet (art. 146 actuel) de la manière suivante : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur *sur la personne* », et cette proposition fut adoptée.

On supprima, sans doute, plus tard cette dernière partie de l'article, afin d'y placer seulement le principe général ; mais il ne résulte pas moins de cette discussion que l'erreur sur les qualités de la personne ne fut pas reconnue comme cause de nullité;

on n'aurait pas manqué d'ajouter à la fin de l'article « ou sur les qualités de la personne », si l'opinion du premier Consul avait triomphé.

Et cela se trouve encore confirmé par une seconde discussion qui eut lieu dans la séance du 4 vendémiaire an X, à propos de l'art. 180 actuel. Cet article, le 1[er] du projet, portait : « La nullité résultant de ce que dans un mariage il y a eu erreur *sur la personne* que l'une des deux parties avait l'intention d'épouser, etc. ». La discussion fut très-confuse ; on proposa, de nouveau, d'admettre l'erreur sur *les qualités essentielles qui personnalisent, pour ainsi dire, un individu* ; mais, chose remarquable, le premier Consul, après avoir soulevé cette question précédemment, avait changé d'avis, et, dans cette séance, il déclara « qu'il voudrait que le mariage fût déclaré nul toutes les fois 1) qu'il y aurait erreur sur l'identité de l'individu, 2) qu'il y aurait erreur sur la famille et que l'individu en serait complice ». Sur ces observations, l'article fut renvoyé à un nouvel examen de la section. Le premier Consul n'aurait-il pas conservé sa première opinion si elle avait été admise au Conseil d'Etat ? Au contraire, il ne parla plus de l'erreur sur les qualités que dans le cas de dol, de manœuvres frauduleuses ; mais son opinion sur ce dernier point n'a pas non plus trouvé de partisans.

Que fit la section ? Elle proposa un art. 1[er], sur la violence, où l'on ne donnait l'action en nullité

qu'à l'époux violenté, et pour l'erreur, un art. 2 ainsi conçu : « Il en est de même s'il y a eu erreur dans la personne ».

Cette disposition fut adoptée sans discussion dans la séance du 6 brumaire an X : on convint seulement de réunir les art. 1er et 2 en un seul. On ne s'occupa même pas de la différence entre la rédaction de l'ancien texte, qui portait erreur *sur* la personne, et celle du nouveau texte, où on lisait : erreur *dans* la personne (voyez Locré IV, p. 413 et 414). Cela prouve bien qu'on n'avait voulu introduire aucune modification, mais seulement préciser le système auquel on s'était arrêté précédemment. Il était donc bien admis qu'il ne serait jamais question d'erreur sur les qualités d'une personne, quelque importantes que fussent ces qualités, et cela fut répété par Portalis dans son discours au Corps législatif : « L'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités ».

(Cpr sur toute cette discussion Locré IV, p. 312, 326, 327, 362, 363, 364, 412, 413.).

On ne peut prétendre que Portalis ait à cet égard émis une opinion personnelle ; il ne fit, au contraire, que répéter les paroles de Cambacérès qui, lors de la fin de la discussion, et en forme de conclusion, déclara que « la règle était consacrée par une jurisprudence de 1500 ans » (Locré IV, p. 444.).

On peut encore trouver de précieux renseignements dans Locré et dans Malleville qui, tous deux,

avaient assisté aux discussions. Locré, dans son Esprit du code civil, après avoir exposé toutes les discussions qui s'élevèrent sur notre question, conclut en disant qu'il faut s'en tenir aux paroles de Portalis (Esprit du code civil tiré de la discussion. I, p. 160) ; et Malleville écrit aussi sur l'art. 180 : « Après bien des élucubrations, les choses en sont restées sur le pied des lois anciennes ».

En définitive, ce système présente de grands avantages : il exclut l'arbitraire des tribunaux.

C'est qu'en effet, si l'on admet l'erreur sur certaines qualités comme cause de nullité, alors se présente une seconde question, celle de savoir quelles sont les qualités qui produisent cet effet? Et, sur ce point, les partisans de ce système sont loin de s'entendre entre eux.

Suivant les uns, il faut abandonner cette question à l'appréciation des tribunaux ; elle est de fait et non de droit ; et cela est juste, dit-on, car il ne faut pas trancher « d'une manière trop absolue des questions qui dépendent nécessairement beaucoup des mœurs, des idées, des croyances qui peuvent régner dans la société à ses différentes époques » (Demolombe III, 253, 253 bis, 253 ter. — Dans le même sens : Demante I, n° 262 bis. III. — Marcadé sur l'art. 180, n°s 1 à 4 et Revue de législation. 1845. III, p. 242. — Allemand, n°s 155 et suiv.). Qui ne voit les dangers de cette doctrine ! Avec ce système, les tribunaux pourront créer à l'infini des empêche-

ments dirimants que la loi n'a pas prévus. Par exemple, si l'on admet qu'une condamnation infamante suffit pour justifier une demande en nullité de mariage, il faudra donc reconnaître que la dégradation civique, sans avoir toujours et nécessairement cet effet, pourra cependant le produire, suivant les circonstances de la cause? Mais la dégradation civique est prodiguée dans notre code ; non-seulement elle s'attache à la déportation, à la détention, au bannissement, aux travaux forcés, à la réclusion, mais elle peut être prononcée comme peine principale, et à l'égard de délits de natures bien diverses, souvent de faits qui sont en réalité des actes d'imprudence. Et dans tous ces cas le mariage pourrait être annulé ? Il est impossible d'admettre que le code Napoléon ait abandonné ainsi aux oscillations de la jurisprudence le sort du contrat le plus solennel, le plus important, je dirai même *le plus indissoluble*.

Aussi, d'autres auteurs, comprenant tout le danger d'un pareil arbitraire, soutiennent que le mariage n'est pas annulable pour une erreur quelconque sur les qualités de l'autre conjoint, et qu'il ne suffit pas de démontrer, dans une demande en nullité, que sans cette erreur on n'aurait pas consenti : il faut que l'erreur porte sur les conditions essentielles qui constituent la personne, la déterminent, en un mot, comme le disait le conseiller Thibaudeau, *personnalisent* l'individu ; c'est seule-

ment dans ces limites que les tribunaux pourront examiner la gravité de l'erreur et ses conséquences.

(En ce sens : Dissert. de M. Thiercelin dans le Droit, du 20 décembre 1860. Article de M. Bellaiguë, Revue pratique XI, p, 101. — Dev. et Carette. Coll. nouv. 32. 588. — Obs. de M. Labbé sur l'arrêt de la Cour de Cass. du 11 février 1861, dans le Journal du Palais.).

Mais cette division, qui partage les partisans de la nullité, est une preuve de l'incertitude de leurs systèmes, la condamnation de leur opinion. N'est-il pas évident, d'ailleurs, que si les rédacteurs du code avaient voulu attribuer à certaines erreurs de ce genre seulement, l'effet qu'on leur accorde, ils auraient énuméré les erreurs capables, dans certains cas, de produire une nullité.

Le grand vice de ce système est de ne s'appuyer, en réalité, sur aucun texte ; il se trouve à côté de la loi et non dans la loi.

Qu'il présente, au point de vue de la morale, certains avantages, qu'il soit fâcheux d'obliger une jeune fille à unir pour la vie sa destinée à un individu échappé du bagne et qui n'a pas fait connaître ses antécédents judiciaires, c'est là une autre question : nous verrons dans la conclusion de ce travail si la loi n'aurait pas pu adopter un système moins rigoureux ; mais il s'agit pour le moment de savoir ce que la loi a fait et non ce qu'elle aurait pu faire. Ces objections, tirées de la morale, ne portent donc pas.

Mais on nous oppose aussi des raisons de texte.

On s'appuie sur l'art. 232 qui autorise le divorce en cas de condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. On prétend tirer de cet article la preuve que le législateur n'a pas considéré comme valable, le mariage de celui qui a subi une de ces peines. — Le contraire paraît pourtant résulter de cette disposition. En effet, de deux choses l'une :

Ou bien, l'art. 232 parle d'une condamnation postérieure au mariage, et dans ce cas, il faut bien reconnaître qu'il est tout à fait étranger à notre hypothèse ;

Ou bien, il suppose une condamnation antérieure au mariage ; ainsi entendu, ce texte, loin de contredire notre opinion, vient la confirmer, car, en autorisant le divorce dans ce cas, le législateur, par cela même, suppose le mariage parfaitement valable ; le divorce ne serait pas un remède nécessaire contre une union entachée de nullité.

On objecte encore à notre système que l'erreur sur la personnalité civile complète n'est pas possible. Il nous semble pourtant que tel est bien le cas d'un individu qui se fait passer pour un autre ; et ce cas s'est présenté en pratique (Bourges, 6 août 1827. D. 29. 2. 71.) ; c'est bien aussi sous ce point de vue que Pothier se plaçait quand il parlait d'erreur sur la personne (Contrat de mariage, n° 108.).

Mais on insiste et l'on va plus loin : l'erreur sur la personne civile n'est, en réalité, qu'une erreur sur

certaines qualités, car il ne peut être question, à l'égard de tel ou tel individu, que de l'absence de telles ou telles qualités civiles, mais non de toutes à la fois. « L'état civil lui-même, disait M. Rendu, devant la Cour de Cassation (S. 61. 1. 245.), plus spécialement caractéristique de la personne civile et à l'égard duquel l'erreur suffit pour annuler le mariage, même dans le système de nos adversaires, est la réunion d'un certain nombre d'attributs de la personnalité, mais non l'ensemble de tous ces attributs. De ce qu'un individu se présente avec l'acte de naissance d'autrui, il résulte qu'il appartient à telle famille, non à telle autre, et qu'il y a erreur de tous les droits, capacités, qualités résultant de la filiation dont il s'est faussement prévalu ; mais il n'en résulte pas qu'il n'ait, du reste, la généralité des droits et capacités concernant la vie publique, civique et civile. »

Il nous semble, au contraire, que la confusion se trouve dans toute cette argumentation à laquelle nous n'avons rien voulu retrancher. On confond, dans ce système, deux choses parfaitement distinctes : l'ensemble des qualités communes à tous les individus ou au moins à un certain nombre d'entre eux, et l'ensemble des qualités spéciales à chaque individu et qui le distinguent des autres. Les premières sont indifférentes ; les secondes, au contraire, et les secondes seules, sont importantes, car, seules, elles individualisent la personne. Sans doute, les unes et

les autres sont réunies dans la même personne; mais il ne résulte pas de là que toutes, elles soient essentielles pour la distinguer des autres ; au contraire, et nous le répétons, il est seulement certaines qualités qui servent à distinguer une personne d'une autre.

L'erreur sur l'ensemble de ces qualités est une erreur sur la personne; mais si l'on modifie seulement quelques-unes de ces qualités, la personne reste cependant la même. Une femme épouse, par erreur, un forçat libéré, un moine profès, un Etranger, qu'elle croit Français, un enfant naturel, qu'on disait légitime; la personne civile demeure bien celle que l'on avait en vue. Que toutes les qualités essentielles changent, et la personne civile est modifiée. On croyait épouser Pierre, fils de Paul, etc., et l'on a pris François, fils de Jacques; tous deux sont Français, enfants légitimes; sous ce dernier rapport, il n'y a pas erreur, et cependant l'erreur porte sur la personne parce que les qualités qui individualisent Pierre font défaut. En un mot, l'erreur sur la personne civile n'est pas celle qui porte sur de simples qualités, car il faut qu'elle embrasse, non pas seulement certaines qualités, mais toutes les qualités qui servent à distinguer une personne; on peut sans doute, laisser de côté celles qui ne distinguent pas telle personne d'une autre, mais c'est précisément parce qu'étant communes à tous, ou à un certain nombre d'individus, elles sont purement accessoires,

se joignent à la personne, et ne la caractérisent pas.

En ce sens : Malleville Sur l'art. 180. — Delvincourt I, p. 151. — Proudhon I, p. 392. — Toullier I, 515, 516, 519 et 520. — Duranton II. 56 à 59. — Vazeille I. 65. — Taulier I, p. 248 et suivantes. — Aubry et Rau IV, p. 60 et 61, notes 7 et 10. — Thieriet. Revue de législation, 1847. I, 370. — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing I, 320. — Girard. Des nullités de mariage, p. 331 et suivantes. — Cpr Riom, 30 juin 1828. S. 28. 2. 225. — Bourges, 6 août 1827. S. 29. 2. 40. — Paris, 4 février 1860. S. 60. 2. 71. — Orléans, 6 juillet 1861. S. 61. 2. 485. — Rej. 24 avril 1862. S. 62. 1. 341. — Bordeaux, 21 mars 1866, dans le Journal le Droit, nº du 6 mai 1866.).

129. — Après avoir étudié cette question en doctrine, il ne sera pas inutile de faire connaître la jurisprudence des tribunaux.

Cette difficulté s'est présentée pour la première fois devant la Cour de Colmar : une femme catholique avait épousé un moine profès dont elle ignorait la qualité ; elle demanda la nullité du mariage pour cause d'erreur sur la personne. Cette demande s'appuyait sur les raisons de la plus haute moralité : on ne saurait mettre une jeune fille, victime des artifices d'un homme qui l'a trompée, dans l'alternative, ou de vivre dans une union que sa croyance interdit comme un crime, ou de renoncer à cette religion : sans doute, elle a bien épousé la personne qu'elle

avait en vue ; mais elle la croyait libre, capable de contracter une union légitime, et, au contraire, son conjoint était frappé d'une incapacité telle, qu'il y a eu réellement erreur sur une condition essentielle de l'union conjugale.

Ce système fut admis par la Cour de Colmar (6 décembre 1811. S. 1812. 2. 89.) ; mais à tort, selon nous, car l'importance plus ou moins grande que l'on attache à une seule qualité, ne saurait faire qu'il y ait erreur sur la personne; et de ce que d'après la loi religieuse cette erreur est suffisante, il ne suit pas qu'elle ait nécessairement le même caractère devant la loi civile.

Cette même question, mais sous une autre forme, a été jugée de manières différentes par les tribunaux jusqu'en 1861, époque à laquelle elle s'est présentée pour la première fois devant la Cour suprême.

Ainsi, la Cour de Montpellier, par arrêt en date du 4 mai 1847 (S. 47. 2. 418.) jugea que le refus du mari de faire bénir, comme il l'avait promis, l'union à l'église, ne saurait autoriser une demande en nullité de mariage de la part de la femme. En effet, s'il est juste de dire qu'en pareil cas, le mari se rend coupable d'un acte de déloyauté envers sa femme, qu'il exerce une sorte de violence morale sur sa conscience, on n'en saurait conclure que notre loi considère l'erreur sur les croyances religieuses comme suffisante pour annuler le mariage, contrat purement civil (cpr : Thieriet. Revue de législation III,

1846, p. 161. — 1847. I. 370. — En sens contraire : Marcadé. Revue de législation, 1844. III. p. 342. — Bressolles. Revue de législation, 1844. II, p. 146.).

On a, au contraire, admis, pour cause d'erreur sur la personne morale, des demandes en nullité qui se fondaient sur ce que la personne épousée était fille adultérine, tandis qu'elle passait pour avoir la qualité de fille légitime (Tribunal civil de Boulogne, 26 août 1853. S. 54. 2. 114.), sur la grossesse dissimulée de la femme au moment de la célébration du mariage (Tribunal de Chaumont, 9 juin 1858. S. 58. 2. 543.), enfin sur ce que le conjoint avait la qualité de prêtre (Tribunal d'Agen, 6 juillet 1860. S. 60. 2. 354.).

La jurisprudence aurait certainement continué à marcher dans cette voie arbitraire, si la Cour de Cassation n'avait pas enfin été saisie de cette grave question et ne l'avait résolue en sens contraire par un arrêt solennel.

Une femme avait épousé, par erreur, un forçat libéré : la demande en nullité de mariage, repoussée par un arrêt de la Cour de Paris du 4 février 1860, fut admise malgré les conclusions contraires de l'avocat général de Raynal, dans un arrêt de la Cour suprême, Chambre civile, du 11 février 1861. L'affaire, renvoyée à la Cour d'Orléans, y fut jugée de la même manière que par la Cour de Paris ; saisie pour la seconde fois, à la suite d'un nouveau pourvoi en cassation, la Cour suprême, dans un arrêt

rendu toutes Chambres réunies, en audience solennelle, et sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, abandonna sa première jurisprudence et rejeta le pourvoi, en décidant que l'erreur sur une qualité de la personne civile, quelle que soit son importance, n'est jamais une cause de nullité (Rej. 24 avril 1862. cpr : S. 60. 2. 71. — 61. 2. 485. — 62. 1. 341.).

La jurisprudence, après de nombreuses oscillations, semble ainsi fixée d'une manière définitive dans notre sens. La question s'est, en effet, présentée de nouveau devant la Cour suprême qui est restée fidèle à cette doctrine. On demandait la nullité d'un mariage à raison de la résolution qu'avait prise l'un des époux, dès le jour même du mariage, de ne pas remplir ses devoirs conjugaux : on prétendait que cette résolution avait pour effet d'entacher le consentement de l'autre d'une erreur sur la personne de son conjoint. Mais la Cour suprême ne put admettre un système aussi singulier (Rej. 9 février 1863. S. 64. 1. 44.) ; et c'est qu'en effet, en pareil cas, il n'y a même pas erreur sur les qualités, mais seulement sur les intentions de cette personne.

130. — Nous ferons, en terminant l'examen de cette importante question, une remarque : c'est que dans tous ces cas, s'il ne peut être question d'une nullité de mariage, du moins l'époux qui laisse ignorer à son conjoint sa qualité de forçat libéré, de prêtre, de moine profès, celui qui refuse de faire

bénir par l'Eglise son union, malgré la promesse contraire, la fiancée qui ne fait pas connaître son état de grossesse, se rendent tous coupables d'une injure grave envers l'autre conjoint, à raison de laquelle celui-ci peut demander et obtenir une séparation de corps. Toutes ces personnes manquent à un devoir de loyauté et trompent indignement la famille dans laquelle elles viennent d'entrer.

131. — On pourrait aussi faire rentrer dans la question précédente celle de savoir si l'impuissance constitue ou non une cause de nullité ; et si nous l'avons réservée, c'est uniquement parce qu'elle comporte des développements particuliers.

132. — En droit romain, dans certains cas, le mot *spado* était général et désignait tout impuissant. (L. 6, § 2. L. 7. *De ædilitio edicto*. 21. 1. — L. 128. *De verb. signif.* 50. 16.) ; mais les jurisconsultes romains n'en distinguaient pas moins l'impuissant par nature, *spado* proprement dit, du *castratus*. (L. 6. pr. et § 1. *De liber. et post.* 28. 2.).

Le *castratus* ne pouvait contracter mariage ; s'il se mariait, l'union n'était pas valable (L. 39. § 1. *De jure dotium*. 23. 3.). Toutefois, comme aucune peine n'était infligée en pareil cas, on vit plus d'une fois des monstruosités de ce genre au milieu des mœurs relâchées de l'empire (Claudien. *Adversus Eutropium*. L. II. vers. 88.). Léon le Philosophe, le premier, établit des peines contre de semblables unions (Nov. 98.). Quant au *spado*, au con-

traire, comme son impuissance pouvait disparaître, il contractait une union valable, seulement l'impuissance était admise comme cause de divorce (L. 60, § 1. L. 61. *De donat. int. vir. et uxor.* 24. 1. — Const. 10. *De repudiis.* 5. 17. — Nov. 22. chap. 6.). Jacques Godefroid a soutenu, il est vrai, que la loi Julia interdisait le mariage aux *spadones* (Com. de Godefroid sur L. un. *De infirm. pœn. cœlib.* C. Th. 8. 16.), mais son opinion est généralement repoussée. Il ne nous semble pas que les lois caducaires aient déclaré les *spadones* incapables de se marier; elles les ont seulement relevés des peines du célibat et de l'*orbitas*. Du reste, c'est précisément parce que les époux avaient la ressource du divorce qu'on ne voyait aucun inconvénient à autoriser le mariage du *spado ;* l'impuissance est même une des causes légitimes de divorce, comme la stérilité (Const. 10. *De repudiis* 5. 17. — Nov. 22, cap. 6. — Nov. 117. cap. 12.).

A la différence du droit romain, le droit canonique, sans reconnaître le divorce, autorise la nullité du mariage pour cause d'impuissance, mais non pour cause de stérilité (c. 29. C. XXVII, qu. 2. — C. 1. 6; X. *De frigid.* 5. 4. — c. 2. C. XXXIII, qu. 1.). On prétend qu'à l'origine l'Eglise n'admettait pas l'annulation du mariage pour cause d'impuissance. « On répondait au plaignant qu'il n'était pas possible de séparer ce que Dieu avait uni » (Denisart, V° Impuissance, n° 8.). Mais, sous l'influence

du droit romain, l'Eglise reconnut comme causes de nullité de mariage certains motifs légaux de divorce selon le droit civil, et de ce nombre fut l'impuissance.

Le droit canon ne distingue pas entre le *castratus* et le *spado ;* l'impuissance naturelle est elle-même un empêchement dirimant de mariage : mais il faut qu'elle soit antérieure au mariage. Quand elle survient pendant le mariage, celui-ci n'en reste pas moins valable ; les parties contractantes réunissaient au moment de la célébration du mariage les conditions physiques et morales prescrites par la loi, et dès-lors, l'union ayant été valablement formée, demeure indissoluble. *Quæcumque autem impossibilitas sit,* nous dit la glose (sous c. 23, qu. 1. h. t.), *non impedit matrimonium contractum et consummatum, sed bene contrahendum* (cpr c. 2. C. 27, qu. 2.). Cependant, et par exception, l'impuissance postérieure au mariage peut autoriser l'annulation dans deux cas : d'abord, lorsque le Pape accorde des dispenses à cet égard ; ensuite, si l'impuissant veut prononcer des vœux monastiques.

Cette première condition ne suffit pas : il faut encore que l'impuissance soit perpétuelle et incurable. Quand elle est purement temporaire ou bien lorsqu'elle peut disparaître à l'aide des ressources de la médecine, et par des moyens qui ne mettent pas la vie en danger, le mariage est parfaitement valable (c. 3. X. *De frig*. 5. 4. — Sanchez. Disp. 93, n° 17 et suiv. — Schulte. *Op. cit.* § 18.).

Ces deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes. Ainsi, il importe peu que l'impuissance soit absolue ou relative, c'est-à-dire qu'elle existe vis-à-vis de tous ou à l'égard du conjoint seulement; on n'exige même pas, en présence du silence des textes, et malgré l'opinion contraire de certains auteurs (Meier. *Institutionen des Kirchenrechts*, p. 245. Walter. *Loc. cit.* §. 305), que l'impuissance ait été inconnue à l'autre conjoint, car il est de principe qu'on ne peut renoncer à faire valoir un empêchement dirimant.

Mais, d'un autre côté, il ne faudrait pas conclure de cette dernière règle, qu'en cas d'impuissance les époux sont obligés de faire prononcer la nullité du mariage ; ils peuvent continuer à vivre ensemble comme frère et sœur, et c'est même ce que préfère le droit canonique; « *sed hic non præcipit*, nous dit la glose sur le c. 4. X. h. t., *ejus consuetudinem esse servandam, sed potius consilium est* ».

De la nature particulière de cet empêchement, il résulte qu'il faut recourir nécessairement à une procédure spéciale pour arriver à sa constatation. « Anciennement on mettait des billets sur l'autel dont l'un était marqué d'une croix, et, après plusieurs prières, le prêtre ayant mêlé les billets, tirait au sort, et si le billet marqué d'une croix tombait au lot de la femme qui se plaignait de l'impuissance de son mari, elle était crue sur tous les faits par elle avancés; mais cette preuve, comme sujette à de

grandes erreurs, ne fut pas longtemps en usage. Ives de Chartres fait mention de cette preuve dans son décret en ces termes : « *Si quæ mulier se proclamaverit quod vir suus nunquam coiret cum ea, exeat ad crucem* » (Berthon. Décis., V° Mariage). On préféra l'expertise qui donna des résultats sérieux, mais, comme le dit Denisart, « elle était indigne de la pureté des mœurs chrétiennes et de la dignité du sacrement ». Certains canonistes ont pensé que cette expertise des gens de l'art n'était pas nécessaire lorsque les époux avaient cohabité pendant trois ans et qu'eux-mêmes, assistés de sept voisins ou témoins, affirmaient sous serment l'existence de l'impuissance (*triennalis cohabitatio et septima manus propinquorum*). Mais cela est inexact. Le droit canonique exige avant tout l'*ocularis inspectio* (c. 4 et 5. C. XXVII. Qu. 1. — c. 4, 14. X. *De probat*. 2. 19. — c. 5. X. *De eo qui cogn.* — c. 3. 6. 7. X. h. t.) de la part d'experts que choisissent les parties, sauf le droit du juge de les remplacer par d'autres (c. 6 et 7. X. h. t. — c. 14. X. *De prob.*).

S'il résulte des constatations médicales que l'impuissance présente les caractères exigés par les canons, la procédure ne va pas plus loin : on annule immédiatement le mariage, on sépare les époux et il est même d'usage d'exiger d'eux le serment qu'ils ne se réuniront plus jamais (c. 6. X. h. t.). A défaut de preuves complètes, et si l'expertise n'a produit que des présomptions très-graves, alors, mais dans

ce cas seulement, on exige des époux un serment par lequel ils affirment l'existence de l'impuissance et cette affirmation doit être confirmée par le serment de sept parents, amis ou voisins (*juramentum septimæ manus propinquorum*) (c. 2. C. XXXIII. Qu. 1. — c. 5 et 7. X. h. t.). Enfin, il peut se faire que de simples doutes résultent de la procédure, et dans ce cas, avant de donner une solution définitive à l'affaire, on attend encore trois ans pendant lesquels les époux doivent continuer à rester ensemble (c. 5 et 7. X. h. t.). Ce délai paraît avoir été emprunté au droit romain (const. 10. *De repudiis*. 5. 17. — Nov. 22. cap. 6.). Après l'expiration de ces trois ans, si la cohabitation n'a pas été possible, et à la condition que les époux l'affirment sous la foi du serment, la nullité du mariage est définitivement prononcée (cpr Sanchez. Disp. 109, n° 12.).

Ces règles du droit canonique furent généralement suivies dans notre ancienne France. Ainsi, on exigeait les mêmes conditions que le droit canonique pour que l'impuissance fût une cause de nullité (Pothier. Mariage, n°s 96, 97, 98.). Mais, pour en constater l'existence, on admit un moyen de preuve plus immoral que l'expertise du droit canonique. « Toutes ces preuves (du droit canonique) étant reconnues fautives, on a cru en France en trouver une plus réelle, plus positive et plus assurée dans le congrès; toute infamante qu'était cette opération dans toutes les circonstances, on l'avait embrassée

comme une preuve qui devait suppléer à l'incertitude de toutes les autres. Mais on a bientôt reconnu que cette preuve de nouvelle invention n'avait au-dessus des autres que plus d'impudence et d'obscénité. Le même siècle qui l'a vu admettre dans nos tribunaux, l'a vu aussi bannir » (Denisart. V° Impuissance, n° 19.). Un moyen de preuve aussi scandaleux, qui choquait les bonnes mœurs et la morale ne pouvait résister aux protestations de tous : il fut aboli par un arrêt de Règlement du Parlement de Paris en date du 18 février 1677 (1); on en revint aux interrogatoires et visites d'experts.

Les questions de ce genre étaient portées devant l'official par application de la règle que le juge d'Eglise connaît seul de la validité des sacrements; mais la demande en nullité ne pouvait être intentée que par les époux eux-mêmes. Toutefois, comme l'impuissance constituait un empêchement dirimant, le curé pouvait se refuser à la célébration du mariage de l'individu chez lequel elle était notoire (Ferrière. V° Impuissance.).

133. — L'impuissance a-t-elle conservé ce caractère sous le code Napoléon?

On a présenté la question de l'impuissance de deux

(1) Cpr sur cette matière : Hotmann. Traité de l'impuissance. — Tagereau. Traité de l'impuissance, chap. 6. — D'Argenté sur la coutume de Bretagne, art. 429. — Despeisses, tome 1, partie 2, tit. 13, sect. 1. — Dans les causes célèbres de Guyot de Pitaval, un traité intitulé : l'Apologie du congrès.

manières différentes et successives. On a voulu soutenir d'abord que l'impuissance avait conservé ce caractère d'être un empêchement dirimant, une cause de nullité *sui generis* (cpr : Delvincourt I, p. 206 et 207. — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing I, 319, note 1. — Allemand, n°s 101 et suiv. — Trèves, 27 janvier et 1er juillet 1808. S. 8. 214 et 11. 2. 401.). Mais cette opinion ne paraît pas sérieuse : le code Napoléon ne mentionne pas l'impuissance parmi les empêchements dirimants, ni parmi les empêchements prohibitifs. N'est-il pas bien téméraire de suppléer au silence de la loi ? Même en admettant que notre question présente de l'analogie avec l'hypothèse des art. 312 et 313, ce que nous sommes loin de reconnaître, on ne saurait pourtant se fonder sur ces textes pour créer une cause de nullité de mariage, car les nullités, à raison de leur caractère exceptionnel, ne sauraient exister sans un texte qui les consacre. D'un autre côté, ce silence du code s'explique parfaitement par les travaux préparatoires. Lors de la discussion du titre du mariage, il ne fut pas dit un mot de l'impuissance, et cependant les rédacteurs du code Napoléon avaient sous les yeux les empêchements dirimants ou prohibitifs de notre ancien droit et du droit canonique. Plus tard, lorsqu'on arriva au titre du divorce, on parla de l'impuissance comme cause de divorce ; c'était reconnaître qu'elle n'autorisait pas une demande en nullité du mariage; mais on ne l'admit même pas

comme cause de divorce (Locré VI, p. 291.). De même, au titre de la Paternité et de la Filiation, il fut dit dans la séance du 14 brumaire an X, qu'on avait exclu l'impuissance des causes de nullité de mariage pour éviter les procès scandaleux de notre ancien droit et à raison des difficultés que soulève la preuve d'un pareil vice (Locré VI, p. 35 et suiv.) ; ces observations, présentées par Portalis et par Tronchet ne soulevèrent aucune discussion ; elles étaient donc bien l'expression des idées de tous.

D'un autre côté, si l'impuissance s'opposait à la célébration d'un mariage valable elle aurait pour résultat, injuste dans certains cas, d'empêcher la légitimation d'enfants que l'impuissant aurait eu précédemment, avant l'accident qui l'a mis dans sa position actuelle.

Aussi a-t-on généralement abandonné le système contraire ; on reconnaît que l'impuissance ne forme plus un empêchement *sui generis* (En ce sens : Dalloz. V° Mariage. — Vazeille I. 90. — Marcadé II. 55. — Demolombe III. 12. — Gênes, 7 mars 1811. S. 11. 2. 193. — Riom, 30 juin 1828. S. 28. 2. 226. — Besançon, 28 août 1840. S. 40. 2. 444. — Toulouse, 10 mars 1858. S. 58. 2. 660.). Mais aujourd'hui la plupart des auteurs, se plaçant sur un autre terrain, invoquent l'art. 180, et tout en reconnaissant que l'impuissance ne saurait figurer parmi les empêchements dirimants, ils prétendent qu'elle autorise une demande en nullité pour cause d'er-

reur. Il résulte de cette opinion que l'impuissance n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle est connue de l'autre conjoint ; que l'officier de l'état civil ne saurait se refuser à la célébration d'un mariage pour cause d'impuissance.

On prétend, dans ce système, que celui qui s'unit à un impuissant est victime d'une erreur sur la personne. Si l'on épousait une personne d'un sexe différent de celui qu'on lui attribue, le mariage ne serait pas valable ; n'est-ce pas aussi s'unir à une personne d'un sexe imposteur que d'épouser un individu sans sexe ? L'erreur, en pareil cas, tombe sur la substance même, car l'union des sexes est l'objet direct et immédiat du mariage. Portalis l'a dit en définissant ce contrat : « C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce. » — On ajoute qu'en vain l'on voudrait invoquer dans le système contraire des considérations de morale et dire que les affaires de ce genre affligent la pudeur. On ne peut pourtant pas aller jusqu'à prétendre que le législateur a entendu exclure d'une manière absolue les visites corporelles ; le contraire résulte bien nettement de ce qu'en matière de désaveu, il autorise le mari à prouver l'impossibilité physique de cohabitation (art. 312). Enfin, en maintenant comme valable le mariage de l'impuissant, on tombe dans des inconvénients non moins graves ; on place un conjoint entre le malheur et le crime, en l'obligeant à s'imposer les privations les

plus pénibles ou à rechercher des liaisons adultères.

Néanmoins il vaut mieux décider d'une manière absolue que jamais l'impuissance n'autorise à demander la nullité du mariage. L'erreur résultant de l'impuissance ne porte pas, comme on le dit à tort, sur la personne même ; et il ne faut pas non plus la confondre avec l'erreur sur le sexe. Dans le cas où l'on épouse une personne d'un sexe différent de celui qu'on lui attribuait, le mariage n'est pas seulement annulable, mais inexistant ; il n'y a pas mariage, car il est de son essence de se contracter entre personnes de sexes différents (1). Quant à l'impuissance, elle produit une simple erreur sur une qualité de la personne, et nous savons que les erreurs de ce genre n'autorisent pas la nullité du mariage. Si le législateur avait voulu, pour ce cas, consacrer une exception à la règle ordinaire, il l'aurait fait par un texte formel ; cela était d'autant plus nécessaire que précédemment, comme nous l'avons vu, l'impuissance avait toujours été considérée comme un empêchement *sui generis*, qui n'avait rien de commun avec celui qui résulte de l'erreur sur le consentement.

Le silence du code a eu pour objet d'exclure à

(1) Voy. l'affaire Lelasseur dans la Gazette des Tribunaux du 19 avril 1834 et du 19 décembre même année ; cpr l'erreur que commettent sur ce point : Merlin. Rép. V° Impuissance, n° 2. — Zachariæ, § 451, texte et notes 6 et 7. — Briand et Chaudé. Médecine légale, p. 86.

tout jamais les questions de nullité du mariage pour impuissance, de notre pratique judiciaire ; le législateur a pensé que l'impuissance étant en définitive fort rare, il valait mieux laisser subsister un petit nombre de mariages qui ne pourraient se consommer, plutôt que d'autoriser des procédures qui étaient autrefois des sources de scandales révoltants. Sans doute, les questions de désaveu peuvent encore, aujourd'hui, présenter ces graves inconvénients ; mais il a semblé impossible d'obliger un mari à accepter la paternité d'un enfant qui ne lui appartient pas, et si le scandale existe encore dans ces affaires, ce n'est pas une raison pour l'autoriser dans d'autres. Sans prétendre qu'il serait nécessaire, comme on l'a dit, de rétablir l'épreuve du congrès, il faut pourtant reconnaître que la preuve de l'impuissance serait fort difficile si l'époux refusait de consentir à une vérification. Pourrait-on le contraindre par violence? On ne saurait le soutenir. Si de semblables moyens sont quelquefois employés dans les procès criminels, il ne faut pas oublier qu'en droit civil, ils constitueraient de véritables atteintes illégales portées à la liberté individuelle. On a dit, tout en reconnaissant les inconvénients de ce moyen, que le défendeur ne peut pas, par son refus, arrêter l'exécution d'un ordre de la justice (Demolombe III. 254.). Mais la question est de savoir si les tribunaux ont le droit de donner un pareil ordre. Qu'on y prenne garde ! Si l'on admet l'affirmative

en disant que les tribunaux peuvent s'éclairer par tous les moyens, on fait l'apologie du congrès et l'on autorise implicitement la justice à recourir à cette preuve (1).

Tiendra-t-on, si l'époux refuse de consentir à l'expertise, l'impuissance pour constante? Les époux auront alors un moyen commode et facile de dissoudre le mariage : il suffira de l'allégation d'une impuissance de la part de l'un et d'un refus de constatation de la part de l'autre.

Si le législateur avait voulu tenir compte de l'impuissance, il aurait résolu une foule de questions que soulève cette matière : Par qui et dans quels délais pourra être proposée la cause de nullité? Quels moyens de preuve seront admis (2)? Quels caractères devra présenter l'impuissance? etc., etc. On ne peut prétendre que le code a voulu abandonner ces questions à l'arbitraire des tribunaux. Les auteurs du système contraire sont obligés de poser des règles sur ces différents points; seulement, ils sont loin de s'entendre. Ainsi, les uns distinguent entre l'impuissance naturelle et l'impuissance acci-

(1) Cpr en sens contraire : Demolombe III. 254.

(2) Les auteurs du système contraire sont généralement d'accord pour décider que l'on doit appliquer les règles ordinaires de l'erreur; autoriser l'époux trompé à demander seul la nullité; exiger que l'action en nullité soit intentée dans les six mois à partir du mariage, l'erreur pouvant être connue dès ce moment.

dentelle ; d'après eux, la seconde seule autorise la demande en nullité du mariage (Toullier I. 525 et 526. — Duranton II. 67 et suiv.). D'autres prétendent qu'il faut voir si l'impuissance est apparente ou cachée ; l'impuissance apparente serait seule une cause de nullité, mais elle produirait toujours cet effet, qu'elle fût naturelle ou accidentelle (Merlin. Rép. V° Impuissance, n° 2. — Vazeille I. 93.— Marcadé II, p. 53, n° 7. — Demante I. n°s 225 bis, IV et 262 bis, III.— Demolombe III. 254). Faire toutes ces distinctions est-ce appliquer la loi?

Il n'est pas non plus exact de dire qu'en cas d'impuissance la substance même du mariage s'évanouit, car si l'espoir de se créer une postérité est l'un des motifs qui conduisent au mariage, il faut bien reconnaître aussi que tel n'est pas le but unique de cet acte ; autrement, la loi devrait déclarer incapables de contracter mariage toutes les personnes qui, par leur âge, ne peuvent plus espérer d'enfants. Il n'est pas rare de voir un homme et une femme s'unir uniquement dans le but de vivre en commun et de se prêter une mutuelle assistance en cas de malheur ou de maladie pendant la vieillesse. Le mariage peut aussi avoir pour objet de légitimer un enfant naturel. Enfin, peut-on dire que le mariage *in extremis* se contracte en vue d'une famille future? Le but du mariage n'est donc pas seulement celui dont on parle ; et si l'on veut rappeler les paroles de Portalis où l'orateur du gouvernement disait que le mariage

« est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce », il ne faut pas oublier que Portalis ajoutait aussi : « pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée » (Fenet IX, p. 140).

(En ce sens : Aubry et Rau IV, p. 91. — Dalloz. V° Mariage. — Favard. Rép. III, p. 457, n° 7. — Taulier I, p. 251 et suiv. — Girard, p. 337, note 2. — Gênes, 7 mars 1811. S. 11. 2. 193. — Riom, 30 juin 1828. S. 28. 2. 226 (1).

134. — Que les médecins aient coutume d'envisager le mariage sous le premier de ces aspects, cela se conçoit. Aussi la plupart de ceux qui se sont occupés de médecine légale rangent l'impuissance parmi les causes de nullité de mariage (cpr : Orfila. Traité de médecine légale I, p. 194. — Briand et Chaudé. Manuel de médecine légale I, p. 83 (2).

Il en est même qui vont plus loin : ils se deman-

(1) La loi mosaïque autorisant la nullité du mariage pour cause d'impuissance du mari et les israélites indigènes de l'Algérie pouvant encore invoquer cette loi, on s'est demandé s'il y a lieu de l'appliquer lorsque le mariage entre israélites algériens a été célébré devant l'officier de l'état civil français. La cour d'Alger a résolu affirmativement la question (Alger, 18 mai 1860. S. 60. 2. 357.); mais cette décision a été cassée par un arrêt de la cour suprême duquel il résulte qu'en contractant mariage sous l'autorité des lois françaises, les israélites se soumettent tacitement aux principes de ces lois et renoncent à la loi mosaïque (Cass. 15 avril 1862. S. 62. 1. 577.).

(2) M. Devergie professe toutefois une opinion contraire.

dent quelles sont les maladies qui constituent des nullités de mariage ; mais le silence du code leur permet de faire les classifications les plus arbitraires. Fodéré (I, p. 354) parle de l'épilepsie, de l'ozène, des indurations, du cancer, etc.; il veut même que l'asthme, l'hypocondrie, l'hystérie, la pierre, la goutte, les rhumatismes chroniques, violents et continuels, soient des motifs d'opposition au mariage et des causes de nullité. Orfila déclare qu'il ne peut partager son opinion sur ce dernier point, mais il énumère de son côté d'autres maladies auxquelles il attribue le même effet (Médecine légale I, p. 191 et suiv.).

SECTION III.

Du dol.

135. Le dol n'est pas une cause de nullité : motif juridique de cette règle. — 136. La séduction peut-elle être une cause de nullité dans certains cas? — 137. Lorsqu'il s'agit d'un majeur de 21 ou 25 ans, l'opposition de l'ascendant, fondée sur la séduction ou sur toute autre cause que la loi ne classe pas parmi les empêchements de mariage, peut-elle avoir pour effet d'empêcher perpétuellement le mariage de se célébrer? — 138. Circulaire du Ministre de la justice du 10 mai 1824. — 139. De la lésion.

135. — Le code ne parle que de la violence et de l'erreur : le dol n'est donc pas par lui-même une cause de nullité du mariage. Toutefois, il peut, dans certains cas, engendrer une erreur qui constitue une

cause de nullité. En effet, tout dol produit une erreur pour la personne trompée ; et alors, ou bien l'erreur porte sur les qualités de la personne, ou bien elle porte sur la personne elle-même. Dans le second cas, le mariage est sans doute annulable, mais la nullité résulte de l'erreur et non du dol.

Quelle que soit la gravité du dol, s'il n'en est pas résulté une erreur sur la personne, le mariage est valable. Cette règle n'est, en définitive, qu'une application des principes ordinaires. Le dol, en droit commun, constitue une cause de nullité des contrats à la condition d'émaner de la personne avec laquelle on a traité; il n'est pas nécessaire que le dol ait produit une erreur sur la substance de la chose. En pareil cas, *stricto jure*, le contrat en lui-même est valable et la personne lésée devrait demander seulement des dommages-intérêts ; mais, quand le dol provient de l'autre partie, n'est-il pas plus simple d'annuler ce qui a été fait ? C'est le moyen d'obtenir les dommages-intérêts les plus parfaits qu'il soit possible d'imaginer. Telle est la seule cause pour laquelle le législateur autorise la nullité en pareil cas; cela est tellement vrai, que si le dol provenait d'un tiers et n'avait pas engendré une erreur sur la chose, le contrat serait maintenu et le tiers seul, coupable de la fraude, pourrait être condamné à des dommages-intérêts.

Mais le mariage n'est pas un contrat pour lequel des réparations de ce genre soient possibles, et, dès

lors, l'annulation du mariage pour cause de dol, ne peut être admise comme dans les contrats où elle est prononcée à titre de dommages-intérêts de la plus rigoureuse exactitude (Marcadé sur l'art. 180. — Demolombe III, p. 255.).

Que d'abus seraient d'ailleurs à craindre si le dol pouvait servir de fondement à une demande en nullité : autant vaudrait rétablir de suite le divorce, car il est peu de mariages qui pourraient durer plus d'un an. « En mariage, trompe qui peut » disait Loysel (Edition Dupin et Laboulaye I, p. 145.).

136. — Telle était déjà la règle dans notre ancien droit. Nous avons vû toutefois qu'elle souffrait une exception pour le cas particulier de séduction (Pothier, 315 à 320.). On a soutenu que, dans cette hypothèse, encore aujourd'hui, le mariage peut être annulé : la séduction constitue une véritable violence morale ; elle s'oppose à la liberté du consentement; « la séduction, disait Pothier, n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement » (Contrat de mariage, n° 320.). On a aussi invoqué des considérations de haute moralité : on ne peut condamner un jeune homme, a-t-on dit, à rester la victime d'une courtisane à laquelle il a consenti à s'unir dans un moment d'égarement produit par les séductions de cette femme (Marcadé, sur l'art. 180.).

Cependant, on est généralement d'accord pour

repousser cette thèse. Les art. 180 et 181 n'ont reconnu qu'à la violence cet effet de vicier le consentement. Il faudrait pour la séduction, un texte particulier, comme il en existait dans notre ancien droit ; mais ce texte ne pouvait être inséré dans le code, car le motif de notre ancien droit, la crainte des mésalliances, n'existe plus pour autoriser la nullité du mariage sous prétexte de séduction (Toullier I, p. 511. — Duranton II, p. 54. — Aubry et Rau IV, p. 59. — Demolombe III, p. 250.).

Le code Napoléon contient, du reste, un certain nombre de dispositions qui ont précisément pour objet d'empêcher la séduction. C'est ainsi que la loi exige le consentement des parents jusqu'à 21 ou 25 ans, selon le sexe. La séduction n'est donc pas à craindre à l'encontre d'un mineur : le consentement de ses parents est une garantie suffisante. A la vérité, la séduction pourrait avoir pour objet de faire célébrer le mariage malgré le refus de consentement des ascendants, mais alors le contrat serait entaché d'une nullité que le mineur lui-même pourrait invoquer (art. 183). Qu'on le remarque, toutefois, le mariage ne serait pas, même dans ce cas, annulable pour cause de séduction, comme dans notre ancien droit où l'on disait qu'il y avait rapt de séduction, mais pour défaut de consentement des parents.

Cela ne saurait faire aucun doute. A la suite de nombreuses discussions au Conseil d'Etat, on pro-

posa de rédiger en ces termes l'art. 146 : « il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne ». Tout en convenant que les dispositions de l'ancien droit sur le rapt de séduction avaient disparu depuis longtemps, MM. Rœderer et Réal et le consul Cambacérès, proposèrent de les rétablir. Mais cette proposition fut repoussée. Portalis fit remarquer que « comme le rapt de séduction ne peut avoir lieu qu'en la personne d'un mineur, la loi a pourvu à l'intérêt de la famille en décidant que le consentement du mineur ne suffit pas pour valider son mariage » (Locré. Esprit du code Napoléon. I. p. 45 et suiv.).

Après l'âge de 21 ou de 25 ans, la séduction est moins à craindre ; et cependant la loi, dans sa sage prévoyance, exige encore le consentement des ascendants pour éclairer les futurs époux. Si les ascendants ne consentent pas, il faut leur adresser un ou plusieurs actes respectueux (art. 151 à 159) ; ces actes doivent être dressés à un certain intervalle les uns des autres, pour que l'enfant ait le temps de réfléchir mûrement ; l'ascendant peut même, suivant les circonstances, demander et obtenir par la voie judiciaire, une entrevue avec son enfant (cpr Demolombe III, n°s 73 et 74.).

Enfin, l'ascendant peut faire opposition au mariage, si son enfant persiste dans sa résolution, malgré

les remontrances qui lui sont faites. La loi s'est, en effet, écartée de la règle ordinaire pour les ascendants, car elle a décidé qu'ils pourraient faire opposition, non pas seulement pour certaines causes déterminées, mais d'une manière générale (art. 173), sans même les obliger à faire connaître les motifs de leur opposition (art. 176).

137. — Quand l'opposition de l'ascendant ne repose sur aucune cause légale d'empêchement, il est bien évident que son seul effet, fort salutaire, du reste, dans certains cas, est de retarder la célébration du mariage. Les tribunaux ne pourraient jamais maintenir l'opposition et empêcher le mariage.— La doctrine contraire a pourtant été consacrée par plusieurs décisions judiciaires. La loi n'ayant pas déterminé les cas dans lesquels l'opposition des ascendants serait reçue, les tribunaux seraient investis, en cette matière, d'un pouvoir discrétionnaire et pourraient maintenir l'opposition sans qu'il y ait empêchement de mariage. D'ailleurs, quelle serait l'utilité de cette opposition si en définitive la volonté de l'enfant devait l'emporter ? mieux vaudrait ne pas préparer à l'avance à l'ascendant une défaite certaine. Si le législateur a autorisé l'opposition dans tous les cas, de la part des ascendants, c'est précisément aussi pour empêcher la séduction de l'emporter. Qu'on suppose une jeune fille séduite par un forçat libéré, son domestique; elle veut l'épouser; l'opposition du père, en pareil cas,

ne devrait-elle pas être maintenue par les tribunaux? Notre loi ne serait-elle pas imparfaite, si elle permettait de pareils scandales? (Delvincourt I, p. 59, note 4. — Caen, 9 juin 1813. S. 13. 2. 377. — Bourges, 30 mars 1813. S. 13. 2. 169.).

Ces arguments n'ont aucune valeur; et l'opinion à l'appui de laquelle on les invoque est généralement repoussée aujourd'hui, par la doctrine et par la jurisprudence, comme contraire aux textes les plus formels du code. C'est qu'en effet, une pareille extension du droit d'opposition des parents aboutit à des résultats inadmissibles; elle fait recouvrer à l'ascendant la plénitude de la puissance paternelle qui a cependant cessé à l'époque de la majorité de l'enfant. En réalité, avec ce système, le consentement des parents devient nécessaire à tout âge; on crée des empêchements de mariage en dehors de ceux qui ont été limitativement déterminés par le code; on accorde enfin aux tribunaux un pouvoir arbitraire et dangereux que la loi a eu le soin de leur refuser en énumérant elle-même toutes les causes d'empêchement au mariage.

Qu'on ne dise pas que le droit d'opposition de l'ascendant est illusoire et inutile : il donne au père le moyen de retarder le mariage, et souvent le temps fait changer bien des résolutions. C'est précisément sous ce point de vue que fut envisagé le droit d'opposition de l'ascendant lors de la rédaction du code. « Souvent, disait Portalis, on n'a aucune raison dé-

cisive pour empêcher un mauvais mariage ; mais un père ne peut pas renoncer à l'espoir de ramener son enfant par des conseils salutaires; il se rend opposant parce qu'il sait que le temps est une grande ressource contre les déterminations qui peuvent tenir à la promptitude de l'esprit, à la vivacité du caractère ou à la fougue des passions ».

Sans doute, si l'enfant ne veut céder, son obstination triomphera; mais, qu'on ne l'oublie pas, cet enfant est âgé de plus de 21 ou de 25 ans, et c'est là une conséquence nécessaire de sa capacité civile (Bordeaux, 22 mai 1806. S. 7. 2. 1050. — Bruxelles, 17 janvier 1809. S. 9. 2. 268. — Cass. 7 novembre 1814. S. 15. 1. 245. — Caen, 19 mars 1839. S. 39. 2. 275. — Montpellier, 12 août 1839. S. 39. 2. 540. — Merlin. Rép. V° Opposition. — Duvergier sur Toullier I, n° 584, note *a*. — Duranton II. 191 et 192. — Vazeille I. 159 et 160. — Massé et Vergé I, p. 193. — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing I. 204. — Demante I, n° 244 bis. — Aubry et Rau IV, p. 28. — Demolombe III. 140.).

138. — Pour compléter l'ensemble de ces dispositions qui se rattachent à la séduction, nous rappellerons une circulaire du ministre de la justice, du 10 mai 1824, relative aux dispenses d'âge en matière de mariage. Le garde des sceaux, s'inspirant de l'esprit du législateur, y déclare « qu'il est de jurisprudence ou d'usage de rejeter toutes demandes de dispenses lorsque l'homme est de quelques an-

nées plus jeune que la femme; en effet, l'âge supérieur de celle-ci autorise à croire qu'il y a séduction; on ne peut, d'ailleurs, favoriser les unions disproportionnées » (S. 29. 2. 285. cpr S. 32. 2. 219.).

139. — Si le dol ne suffit pas pour annuler le mariage, à plus forte raison en est-il de même de la lésion qui, en général, ne s'oppose pas à la validité des contrats ordinaires. D'ailleurs, la lésion ne peut résulter que d'une erreur sur une qualité de la personne, dans sa fortune, son rang, sa position sociale, et nous avons vu que les erreurs de ce genre n'ont aucune influence sur la validité du mariage.

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET, SOIT DE L'ABSENCE DE CONSENTEMENT, SOIT DE LA VIOLENCE ET DE L'ERREUR.

SECTION I.

De l'effet de l'absence de consentement.

140. Du mariage inexistant pour cause d'absence de tout consentement. — 141. Hypothèses dans lesquelles il y a difficulté sur le point de savoir si le mariage est inexistant ou seulement annulable. — 142. Conséquences de la distinction entre le mariage inexistant et le mariage simplement annulable. — 143. Du cas particulier où le mariage a été contracté dans un moment de folie : qui peut invoquer cette circonstance? — 144. Faudrait-il considérer comme inexistant le mariage simulé par les parties qui, devant l'officier de l'état civil auraient donné leur consentement pour la forme seulement?

140. — C'est ici qu'apparaît toute l'importance de cette distinction entre l'absence de consentement et le simple vice dans le consentement.

Si le consentement fait complétement défaut, le mariage est inexistant. « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » dit l'art. 146.

Et ses termes sont absolus. Ainsi, lorsque l'une des parties se trouvait dans un état de démence, ou d'ivresse, ou de maladie qui la rendait absolument incapable de toute volonté, le mariage est inexistant : nous avons déjà cité l'exemple du sieur Sicard dont le mariage a été reconnu inexistant parce qu'au moment de la célébration, une attaque d'apoplexie l'avait mis dans l'impossibilité absolue de manifester sa volonté (Alger, 21 avril 1853. S. 54. 2. 244.).

De même, le mariage est encore inexistant lorsque le défaut de consentement provient de la non-comparution de l'une des parties devant l'officier de l'état civil. L'acte de mariage porte que *Primus* a épousé *Secunda* ; et cependant, il est établi en fait que celle-ci n'a jamais comparu devant l'officier de l'état civil.

Enfin, en troisième lieu, il y a encore absence complète de consentement dans le cas, fort improbable du reste, d'une substitution de personne devant l'officier de l'état civil, et produisant une erreur sur la personne physique.

Dans ces trois cas, il faut donc appliquer l'art. 146, déclarer le mariage inexistant et non pas simplement annulable.

141. — Cette opinion n'est pas toutefois partagée par tous les auteurs. Les uns ont pensé que, même dans ces hypothèses, il faut recourir aux art. 180 et 181 (cpr, par exemp., Duranton II, n°s 27 et 269.) ; d'autres, sans partager cette opinion d'une manière

aussi absolue, font une distinction et appliquent, comme nous, l'art. 146 aux deux premiers cas; mais ils prétendent que la troisième hypothèse est régie par les dispositions des art. 180 et 181 (Aubry et Rau IV, p. 11, texte, note 5.).

La première opinion confond, de la manière la plus évidente, le mariage inexistant avec le mariage annulable. En vain voudrait-on prétendre que les art. 180 et 181 doivent être considérés comme le développement, et pour ainsi dire, le commentaire pur et simple de l'art. 146. Le contraire résulte des termes mêmes de la loi. L'article 146 suppose « qu'il n'y a point de consentement » ; l'art. 180 parle d'un consentement « qui n'a pas été libre ». La différence semble bien nettement indiquée : elle résulte aussi de la position respective des deux articles. S'ils présentaient le même sens, pour quelle raison les aurait-on laissé substituer tous deux? n'aurait-il pas au moins fallu les rapprocher? On avait, en effet, émis cette idée lors des travaux préparatoires, mais le premier Consul s'y opposa, parce que, dit-il « ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où il peut être cassé » (Fenet IX, p. 16.). C'est aussi dans le même but que le premier Consul demanda la suppression du second alinéa de l'art. 146 où il était dit : « Il n'y a point de consentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne ». Il fit l'observation suivante : « On a distingué deux cas dans la discussion; 1° il n'y a pas de

mariage à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si l'on a écrit que la femme a dit oui, quand elle a dit non ; 2° si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé » (Fenet IX, p. 99.). Ces considérations ont amené la suppression de la deuxième disposition de notre article. Il résulte donc, autant du texte même de la loi, que des travaux préparatoires, que notre article s'applique à tous les cas où le mariage est inexistant pour absence complète de consentement.

Or, ce consentement fait aussi totalement défaut dans le cas d'erreur sur la personne physique ; et, dès lors, il ne faut pas admettre non plus la distinction des auteurs du second système, qui placent ce cas sous l'application de l'art. 180. En vain a-t-on voulu dire, tout en reconnaissant comme logique le système suivant lequel le mariage est inexistant, qu'il n'avait pas été consacré par les rédacteurs du code ! De ce qu'on a supprimé le deuxième alinéa de l'art. 146 où il était parlé d'erreur sur la personne, on conclut que toute erreur sur la personne rentre dans l'art. 180. Mais nous avons vu que l'objet de cette suppression avait été tout différent : on a voulu simplement se borner à poser dans l'art. 146, le principe de la nécessité du consentement ; et nulle part il n'a été dit, dans la discussion, que *tous les cas* d'erreur, même celui d'erreur sur la personne physique, étaient réservés pour l'art. 180. Qu'on ne

nous accuse pas non plus de restreindre cet article en le limitant au cas d'erreur sur la personne civile, car tout le monde reconnaît que ce cas est le plus fréquent et même qu'en pratique il est difficile de supposer une substitution de personne devant l'officier de l'état civil.

142. — Tels sont les trois cas dans lesquels, par suite de l'absence de consentement, le mariage est inexistant. Lors, au contraire, que le consentement est simplement vicié par suite d'une erreur sur la personne civile ou d'une violence grave, le mariage est entaché d'une simple nullité relative. De là résultent d'importantes différences entre les deux hypothèses.

1). Quand le mariage est inexistant, il n'est pas nécessaire d'en faire prononcer l'annulation par les tribunaux; et la justice, saisie d'une affaire de ce genre, se borne à constater cette non-existence. Le mariage annulable existe, au contraire, tant qu'il n'a pas été cassé par jugement.

2). Tout le monde peut se prévaloir, et en tout temps, de l'inexistence d'un mariage (Alger, 21 avril 1853. S. 54. 2. 444.). Au contraire, la nullité pour vice du consentement ne peut être invoquée que par certaines personnes et se couvre quand l'action n'a pas été intentée dans le délai prescrit par la loi.

Ainsi, dans le cas d'erreur sur la personne physique, tout le monde pourra s'en prévaloir et en tout

temps, même l'époux qui aurait trompé son conjoint, et, même en admettant que l'union ait été suivie d'une cohabitation de plusieurs années! En vain voudrait-on contester cette solution en disant que la cohabitation postérieure constitue une ratification qui valide le mariage (cpr Pothier. Mariage, 309.). La logique rigoureuse des principes s'y oppose : l'absence totale de consentement a empêché le mariage d'exister ; il n'a rien été fait, et un consentement postérieur ne peut ratifier le néant.

Du reste, loin de contester l'exactitude de cette solution en théorie, nos savants maîtres se sont appuyés sur elle pour prétendre que le législateur n'avait pu l'admettre et que l'erreur sur la personne physique, comme celle qui porte sur la personne civile, est régie par l'art. 180. Il serait contraire à l'intérêt des familles, a-t-on dit, et à la morale publique, que, sous prétexte d'une erreur sur la personne physique, l'existence du mariage pût être contestée à toute époque, par toute personne ! Mais ces raisons devraient alors s'appliquer aussi aux autres cas où le mariage est inexistant ; par exemple, au cas d'un insensé qui, sans avoir consenti au moment de la célébration, continuerait ensuite, et après la cessation de sa démence, à vivre avec celle qu'il a épousée. D'ailleurs, il a été formellement dit dans les travaux préparatoires qu'en cas d'erreur sur la personne physique, l'action est toujours ouverte. Le premier Consul avait d'abord confondu l'erreur

sur la personne civile et l'erreur sur la personne physique; et il se plaignait de ce que le délai de trois mois qu'on voulait accorder pour l'action en nullité était trop long « puisque l'identité dont il s'agit n'est pas seulement l'identité physique, mais encore l'identité morale » (Locré IV, p. 362); toutefois, à la même séance, à la suite de la même discussion, ses idées devinrent plus précises; et il fit lui-même la distinction entre ces deux sortes d'erreurs. « Le premier Consul dit que lorsqu'il y a *erreur physique*, elle opère toujours et *dans tous les temps*, la nullité du mariage; que, cependant, comme le mariage existe en apparence, il faut que l'autorité prononce qu'il n'existe pas » (Locré IV, p. 363 et 364.).

L'art. 181 s'applique donc seulement à l'erreur sur la personne civile, lorsqu'il détermine la durée de l'action en nullité. Or, il résulte des termes mêmes de cet article que sa disposition régit la même hypothèse que l'art. 180 (« dans le cas de l'art. précédent », porte l'art. 181.). Donc, l'art. 180 est spécial à l'erreur sur la personne civile (En ce sens : Marcadé sur l'art. 180. — Demol. III. 246.).

143. — Le mariage contracté par un insensé et dans un moment de folie, doit donc être aussi considéré comme inexistant : il importe peu que cet insensé ait été interdit ou non au moment de la célébration du mariage. Il résulte de là, que tous les intéressés, et, par exemple, des héritiers collatéraux, peuvent se prévaloir de cette inexistence et la faire

déclarer par les tribunaux. La jurisprudence n'admet cependant pas cette solution : elle applique l'art. 184, en reconnaissant qu'il omet dans son énumération l'art. 146. Mais, cet argument repose sur une confusion évidente entre les cas d'inexistence et ceux où le mariage est entaché d'une nullité absolue. D'un autre côté, avec ce système, il faut aussi appliquer la disposition de l'art. 180 au mariage d'un insensé interdit ou non, et donner l'action en nullité pendant un certain temps seulement à l'insensé seul, à partir du jour où il a recouvré la raison, pour le cas où il n'aurait pas été interdit, ou bien, en cas d'interdiction, à son tuteur (Merlin. Rép. V° Mariage, sect. 6, § 2. Quest. 6 sur l'art. 184.). Mais il est bien évident que cette solution force le sens de l'art. 180 qui est complétement étranger à cette hypothèse. Cela résulte d'ailleurs bien nettement des travaux préparatoires. Le projet primitif du code contenait une disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence incapable de contracter mariage ; mais cette disposition fut repoussée sur la remarque de Cambacérès qu'il suffisait d'appliquer à ce cas la règle générale. Or, cette règle est celle de l'art. 146 aux termes duquel il n'y a pas mariage sans consentement (Locré IV, p. 312 et 322.).

(En ce sens : Marcadé, Obs. prélim. sur le chap. IV du titre du mariage n° 2. — Demolombe III. 242. — Aubry et Rau IV, p. 10, note 3. — Contra : Proudhon I, p. 391. — Delvincourt I, p. 142. —

Toullier I, 501 et 502. — Duranton II, 27 et suiv. — Vazeille I, 188 et 189, 239 et 240.

Paris, 18 mai 1818. S. 19. 2. 182. — Cass. 9 janvier 1821. S. 21. 1. 157. — Rej. 12 novembre 1844. S. 45. 1. 246. — Colmar, 27 février 1852. S. 52. 2. 488.)

Tout le monde peut donc se prévaloir de l'inexistence du mariage d'un aliéné ; et on a le droit de la faire prononcer malgré l'art. 504, même après la mort de l'aliéné dont l'interdiction n'a été ni prononcée, ni même provoquée avant son décès. Si l'on ne peut appliquer au mariage de l'interdit, les dispositions des art. 502 et 503, comme nous l'avons vu plus haut, il est bien évident qu'il faut également écarter l'art. 504 ; tous trois sont relatifs aux mêmes actes ; si les deux premiers sont étrangers au mariage, le troisième ne saurait s'y rapporter.

144. — Il est enfin un dernier cas qui peut paraître plus douteux et sur lequel la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas prononcées : c'est celui d'une simulation de la part des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Peut-on faire déclarer un mariage inexistant en prétendant que les parties, malgré la manifestation d'une volonté contraire devant l'officier de l'état civil, n'avaient pourtant pas l'intention de se marier ?

La négative ne semble pas douteuse au premier abord. « La solennité dont la loi entoure le mariage,

dit Rolland de Villargue, l'intérêt public, qui s'oppose à ce que les parties puissent feindre un engagement aussi sacré, ne semblent pas permettre d'attaquer un mariage pour cause de simulation ». (V° Simulation. — Cpr : Merlin. V° Simulation, § 1. — Toullier IX, n° 160.). On a ajouté que nulle part la loi ne mentionne la simulation parmi les causes de nullité ou même d'inexistence du mariage (Obs. de M. Duquaire, Conseiller, dans S. 56. 2. 705.).

Nous préférons pourtant adopter la doctrine contraire. Qu'il ne soit pas question de la simulation dans la loi, cela n'est pas douteux ; mais il n'en résulte pas qu'elle constitue un moyen nouveau de nullité. Il s'agit ici tout simplement d'une question de consentement et les principes de l'art. 146 suffisent. Si l'on peut établir, en fait, par tous moyens de preuve que malgré toutes les solennités, les parties n'ont pas eu l'intention de contracter mariage, il faudra bien reconnaître l'inexistence de l'acte. Sans doute, le seul consentement des parties ne suffit pas pour le mariage ; il faut encore se soumettre aux solennités prescrites par la loi. Mais, d'un autre côté, on ne peut pas dire que l'accomplissement de ces solennités constitue le mariage et dès lors, si l'on peut établir l'absence du consentement pour une raison quelconque, le mariage devra être déclaré inexistant. Les parties se rendent coupables d'un fait fort grave en jouant ainsi la comédie devant l'officier de l'état civil, cela n'est pas douteux ;

mais on n'en saurait conclure qu'en pareil cas le contrat se formera sans leur consentement (1).

La jurisprudence ne s'est pas encore formellement prononcée sur ce point. Sans doute, dans certains cas, où le mariage avait été contracté dans le but de couvrir un acte prohibé par la loi, les tribunaux n'ont eu qu'à prononcer la nullité de cet acte : mais cette question est différente de celle qui nous occupe ; et il est bien certain que, dans ces hypothèses, le mariage reste parfaitement valable (Aix, 4 mars 1813. S. coll. nouv. 4. 2. 267. — Cass.

(1) Quant à la question de savoir s'il faut s'inscrire en faux pour prouver la simulation, elle doit se résoudre d'après les principes ordinaires sur la force probante des actes de l'état civil. Ce sont en effet ces règles que l'on applique dans toutes les hypothèses de notre matière. Ainsi, il n'est pas douteux qu'il faudra s'inscrire en faux si l'acte de l'état civil porte que les parties ont déclaré se prendre pour mari et femme et si l'on prétend que l'une d'elles n'a pas voulu ou n'a pas pu répondre. Au contraire, la procédure de l'inscription de faux n'est pas nécessaire quand on reconnaît que le consentement a été en apparence manifesté devant le maire, mais qu'il était vicié ou même exclu par un fait que n'a pu connaître l'officier de l'état civil. Il résulte, en effet, des principes de la matière, que les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux seulement des faits constatés par l'officier de l'état civil *de visu et auditu*, qui se sont accomplis en sa présence, et nullement de la sincérité des déclarations.

On ne pourrait pas, non plus, soutenir, comme l'ont fait autrefois certains auteurs, que ces personnes en déclarant contrairement à la vérité qu'elles ont l'intention de se marier, se rendent coupables du crime de faux ; ce fait ne rentre pas dans ceux que les art. 145 et suivants du code pénal ont punis.

11 janvier 1823. S. 20. 1. 157 — et 21 août 1822. S. 23. 1. 100.).

Notre question s'est présentée devant la Cour de Lyon. On demandait la déclaration d'inexistence d'un mariage qui avait eu lieu dans les circonstances suivantes :

Jean Chuzeville, âgé *de 23 ans* avait épousé, le 4 Floréal an III, Antoinette Corgier, veuve Sapaly, âgée *de 68 ans*, dans l'unique but d'échapper au service militaire auquel étaient alors soumis tous les hommes non mariés de 18 à 40 ans. Ce mariage était si peu sérieux dans l'intention commune des parties, qu'il ne fut jamais suivi de bénédiction nuptiale, ni de cohabitation, que les prétendus époux n'eurent jamais cette qualité dans leurs familles, qu'enfin Chuzeville, pendant l'existence de ce premier mariage parvint même à épouser à l'église une autre femme avec laquelle il se maria civilement après la mort de la première. La cour de Lyon, au lieu de résoudre la difficulté et de se prononcer sur l'effet de la simultation s'est bornée à déclarer la nullité du mariage pour un autre motif, pour cause de clandestinité (Lyon, 10 avril 1856. S. 56. 2. 706.).

SECTION II.

De l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur.

145. Des nullités absolues et des nullités relatives. — 146. Divisions du sujet. — 147. Par qui peut être demandée la nullité pour vice du consentement? — 148. Du cas où il s'agit d'un époux mineur dont le consentement a été vicié. — 149. L'action en nullité pour cause d'erreur ou de violence peut-elle être intentée par les héritiers de l'époux? — 150. Peut-elle au moins être continuée par eux, si l'époux meurt pendant l'instance? — 151. Des différents modes d'extinction de l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur. — 152. De la ratification par l'époux violenté ou induit en erreur. — 153. De la cohabitation pendant six mois à partir de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. — 154. Conditions requises pour que cette seconde fin de non-recevoir soit admise. — 155. A partir de quel moment court le délai de six mois? — 156. Est-il d'autres ratifications tacites que celles qui résultent de la cohabitation? — 157. De l'extinction de l'action en nullité par la prescription. — 158. Par quel délai s'accomplit cette prescription? — 159. Tribunal saisi de la demande en nullité. — 160. Moyens de preuve pour établir l'existence de la nullité : doit-on appliquer la disposition de l'art. 251 du code de procédure? — 161. Voies de recours. Le pourvoi en cassation ne produit pas effet suspensif; grave inconvénient de cette règle. — 162. Dispositions contenues dans le jugement ou l'arrêt qui prononce la nullité. — 163. Des effets de l'annulation du mariage.

145. — Nous venons de voir qu'il ne faut pas confondre le mariage annulable avec le mariage inexistant; qu'on doit considérer le mariage comme frappé d'inexistence dans tous les cas où il y a absence complète de consentement. Au contraire, quand le

consentement se trouve simplement vicié par violence ou par erreur, il est entaché de nullité.

Les nullités sont de deux sortes, absolues ou relatives; absolues, lorsqu'elles peuvent être proposées par toute personne intéressée et ne sont pas susceptibles de se couvrir; relatives, lorsqu'au contraire elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes spécialement déterminées, dans l'intérêt desquelles elles ont été introduites, de telle sorte qu'elles se couvrent par la renonciation expresse ou tacite de ces personnes.

Les causes de nullité relative sont au nombre de deux :

1). Le vice du consentement de l'une ou de l'autre partie par suite d'une violence ou d'une erreur présentant les caractères que nous avons déterminés ;

2). L'absence du consentement des père et mère, ou des autres personnes sous l'autorité desquelles l'une des parties se trouvait quant au mariage;

146. — Les limites de notre sujet nous prescrivent de parler seulement du premier cas ; et, à cet égard, nous nous demanderons : Par qui peut être invoquée la nullité ?

Comment elle se couvre ?

Comment se juge l'affaire en nullité ?

Quels sont les effets de l'annulation ?

A. Qui peut demander la nullité pour cause de violence ou d'erreur ?

147. — L'action en nullité dans le cas d'erreur ou de violence n'appartient qu'à l'époux violenté ou induit en erreur. Ainsi, ni l'autre époux (1), ni les parents des deux conjoints, ni les personnes intéressées, ni le ministère public, ne peuvent intenter cette action.

La raison de cette disposition est fort sage : dans le cas de violence ou d'erreur, il y a moins, en général, une atteinte portée à l'ordre social et à l'organisation de la famille, qu'un préjudice éprouvé par la victime de la violence ou de l'erreur; quand la personne violentée ou induite en erreur ne se plaint pas, elle accepte en réalité la situation qui lui est faite depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur ; elle consent librement peut-être, au mariage, et, dès lors, sous quel prétexte un tiers pourrait-il venir faire annuler une union devenue parfaite? « Comment permettrait-on disait Portalis, à des tiers de venir troubler un mariage existant, au préjudice des époux eux-mêmes, qui ne réclament pas » ? (Locré IV, p. 510.)

(1) Il est le plus souvent l'auteur ou le complice de la violence ou de l'erreur, et dans tous les cas, il se trouve irrévocablement lié, puisqu'il a librement consenti (cpr Locré. Esprit du code Napoléon II. 217.).

L'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur est donc essentiellement personnelle.

De là résultent un certain nombre de conséquences.

148. — Ainsi, il ne faudrait pas dire que si l'époux violenté est un mineur, l'action peut être intentée en son lieu et place par son père ou le parent quelconque qui avait autorité sur lui avant le mariage. Même dans ce cas, l'action ne peut être intentée que par l'époux assisté, comme tout mineur émancipé, de son curateur (art. 182.) (Turin, 14 juillet 1807. S. 8. 2. 43.) (1). Mais s'il a pour curateur son conjoint, il doit convoquer le conseil de famille afin de se faire nommer un curateur *ad hoc*, chargé de l'assister dans le procès.

On avait proposé, lors de la discussion de la loi, de refuser l'action en nullité à l'époux mineur, sous prétexte que la liberté de son consentement est garantie par celui de ses parents. Mais cette opinion revenait à dire que l'enfant mineur ne pouvait jamais être violenté, ni induit en erreur ; or, cela est inexact, et pour l'erreur, qui peut très-bien exister également de la part de ses parents, et pour la vio-

(1) Locré, dans son Esprit du code civil dit que si l'époux est mineur, l'action en nullité est intentée par son père ; que si le père est mort, ce droit passe avec la tutelle à la mère, à défaut de la mère à l'aïeul. Mais c'est là une erreur ; cet auteur semble avoir oublié que le mariage émancipe de plein droit le mineur. (Voyez : Esprit du code Napoléon II, p. 214 et 215.)

lence, qui peut être exercée précisément par ses ascendants. Aussi, la disposition relative à cette exception ne fut pas admise (Locré IV, p. 412.).

149. — C'est encore à raison de son caractère personnel que l'action en nullité ne peut être intentée par les créanciers de l'époux victime de la violence ou de l'erreur (art. 1166.).

De même, elle ne peut être mise en mouvement par ses héritiers, en admettant que l'époux soit mort dans le délai utile pour intenter l'action sans avoir commencé le procès. Sans doute, il pourra se faire qu'à raison de cette règle, le mariage de celui qui sera décédé avant la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence, deviendra irrévocable et parfait par ce décès. Mais cette hypothèse sera, en réalité, la plus rare ; et dans tous les cas, elle ne saurait autoriser une dérogation à l'art. 180 dont les termes sont absolus. Il résulte bien du texte de cet article que l'action en nullité pour violence ou erreur est essentiellement personnelle ; on n'a pas voulu qu'après la mort de l'époux, des parents éloignés, des collatéraux, le plus souvent, puissent venir intenter, dans un intérêt purement pécuniaire, une action qui repose sur des considérations morales.

Les travaux préparatoires ne permettent aucun doute sur ce point : il a été formellement dit au Conseil d'Etat que l'action s'éteint par la mort de l'époux majeur parce qu'il « a couvert la nullité par son silence, lequel est considéré comme une ratifi-

cation tacite » (Fenet IX, p. 83.). Cette raison n'est pas juste pour le cas où l'époux meurt avant la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence ; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle a décidé le législateur à refuser l'action dans tous les cas aux héritiers. Aussi, tous les auteurs sont-ils d'accord à cet égard (Toullier I, p. 611. — Duranton II, p. 270. — Vazeille I, p. 258. — Massé et Vergé I, p. 206. — Demante I, n° 262 bis. — Valette. Explic. sommaire, p. 107. — Aubry et Rau IV, p. 63. — Demolombe III, p. 258. — Girard, p. 438.).

150. — Il faut même aller plus loin et décider que si l'époux décède pendant l'instance en nullité, l'action qu'il a introduite ne peut pas être continuée par ses héritiers.

L'opinion contraire est, toutefois, généralement admise ; mais les arguments que l'on invoque pour la soutenir n'ont pu nous convaincre.

On fait d'abord valoir la règle du droit romain : *omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* (L. 139. *De regulis juris* 50. 17.). Mais ce principe du droit romain n'était, en réalité, qu'un effet de la novation résultant de la *litis contestatio*. Or, la *litis contestatio* étant étrangère à notre procédure, on ne saurait admettre les règles qui en étaient des conséquences ; les actions qui ne se transmettent pas aux héritiers conservent, après la demande, ce caractère qu'elles avaient déjà avant l'instance.

Il faudrait, au moins, un texte consacrant la disposition de la loi 139. Ce texte fait défaut. On a, il est vrai, tiré argument des art. 330 et 957 ; mais il nous semble que ces articles doivent être complétement écartés, car s'ils autorisent les héritiers à continuer l'action introduite par le défunt, c'est qu'en réalité il s'agit d'actions qui auraient pu être intentées par ces héritiers.

Dans les art. 328 et suivants, la loi parle de l'action en réclamation d'état; et si l'art. 330 autorise les héritiers à *suivre* l'instance commencée par l'enfant, il ne faut pas oublier que l'art. 329 leur avait donné le droit de l'intenter, de commencer les poursuites comme à l'enfant lui-même. Sans doute, ils n'ont pas le droit de l'intenter en tout temps, ni dans tous les cas (voir 329) ; mais enfin ils peuvent, sous certaines conditions, ouvrir une instance; au contraire, les héritiers ne peuvent jamais et sous aucun pretexte commencer une instance en nullité de mariage pour cause de violence ou d'erreur. Cette différence entre notre hypothèse et celle de l'action en réclamation d'état suffit pour écarter tout argument d'analogie.

De même, dans le cas de l'art. 957, les héritiers du défunt peuvent aussi commencer l'instance en nullité d'une donation pour cause d'ingratitude, et il ne faut pas s'étonner qu'ils aient le droit de continuer cette instance quand elle a été ouverte par le donateur.

Aussi, M. Demolombe renonçant, à la différence des autres auteurs, à faire valoir l'argument tiré du droit romain et l'analogie des art. 330 et 957, s'est placé sur un autre terrain; il invoque les termes mêmes de l'art. 180 : cet article réserve à l'époux seulement le droit d'*attaquer* le mariage. Or, attaquer, c'est intenter l'action et non la continuer. Cet argument de mots n'est pas suffisant pour nous convaincre; d'abord, il est bien certain qu'en employant cette expression, les rédacteurs du code n'ont pas songé à une distinction aussi subtile; ensuite, est-il bien vrai que celui qui continue une instance n'attaque pas? on ne peut prétendre qu'il se défend.

M. Demolombe ajoute que les motifs pour lesquels la loi refuse aux héritiers le droit de commencer le procès, ne s'appliquent plus lorsqu'il s'agit seulement de le continuer. Il est certain, en effet, que les vices du consentement existent et que l'époux n'a pas renoncé à son action en nullité. Mais il ne nous semble pas que ce refus de l'action aux héritiers, repose sur une présomption de renonciation de la part du défunt. Ce motif s'appliquerait parfaitement aussi aux actions en nullité pour erreur, dol ou violence des contrats ordinaires, et cependant, on reconnaît que ces actions sont transmissibles aux héritiers. D'un autre côté, si le refus d'action aux héritiers reposait sur une présomption de renonciation, il faudrait, pour être logique, les autoriser à commencer le procès dans le cas où

l'époux serait mort avant la découverte de l'erreur ou la cessation de violence ; il ne peut être question, en pareil cas, d'une renonciation de sa part à un droit qu'il n'a pas connu.

C'est qu'en effet, le motif sur lequel repose notre disposition de l'art. 180 est tout différent. Les travaux préparatoires le font connaître. Lorsque la discussion de notre article se présenta dans la séance du 6 brumaire an X, M. Tronchet l'ouvrit en disant « que le principe de cet article est que le défaut de consentement n'intéresse que les époux eux-mêmes, qu'il ne doit appartenir qu'à eux de faire valoir la nullité qui en résulte ». Et tout le monde accepta cette explication (Locré IV, p. 411 et 412. — Voyez aussi Locré. Esprit du code Napoléon. II, p. 212.). — Le législateur refuse donc à notre question tout caractère pécuniaire ; elle a un but tout différent et tout personnel à l'époux : il faut rompre une union qui l'enchaîne malgré lui. Or, il n'est pas douteux que les héritiers ne sauraient invoquer ces motifs, soit pour intenter l'action, soit pour continuer l'instance introduite. Il faut, dès-lors, leur refuser toute espèce de droit dans l'un et l'autre cas.

(En ce sens : Marcadé Sur 180, n° 7. — Contra : Duranton II. 271. — Duvergier sur Toullier II, n° 611. — Vazeille I, p. 258. — Aubry et Rau IV, p. 63, texte et note 15. — Massé et Vergé I, p. 206. — Demante I, n° 262 bis. V. — Demolombe III. 259. — Girard I, p. 440. — Allemand I. 557.)

B. Comment se couvre l'action en nullité ?

151. — L'action en nullité se couvre de trois manières :

Par la confirmation expresse de l'époux qui a été trompé ou violenté (arg. de 181 et 183 *cbn.*) ;

Par la cohabitation continuée pendant six mois (art. 181.) ;

Par la perscription.

On avait encore proposé, lors de la rédaction de la loi, comme fin de non-recevoir, la consommation du mariage et la survenance d'enfants. S'il n'y a pas eu mariage dans l'origine, avait-on dit, la consommation ne devient-elle pas une ratification en formant le contrat par les sens, et la survenance d'enfants, un indice de la consommation ? Ce projet fut cependant repoussé. C'est qu'en effet « la preuve de la consommation serait aussi contraire aux mœurs, qu'elle est impossible » et la survenance d'enfants ne prouve absolument rien, car l'enfant peut être conçu avant la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur (Locré IV, p. 359 et suiv. — Esprit du code Napoléon II, p. 221.).

152. — La première fin de non-recevoir est la ratification expresse. Sans doute, la loi ne parle pas de cette fin de non-recevoir, mais on ne saurait décider qu'il faut l'exclure, car, si le code Napoléon autorise la fin de non-recevoir résultant d'une coha-

bitation de six mois, c'est-à-dire d'une ratification tacite, à plus forte raison admet-il aussi la ratification expresse. Toute autre solution serait inexplicable, et loin de tirer un argument *a contrario* de l'art. 181, il vaut bien mieux invoquer un argument d'analogie de l'art. 183. Il n'est pas douteux que, dans le cas d'un mariage contracté contrairement aux prohibitions de la loi, par un époux qui avait besoin du consentement de ses parents, cet époux ne serait pas admis à invoquer la nullité de son mariage, s'il l'avait ratifié formellement à une époque où il est devenu capable de se marier sans consentement de ses ascendants; cette ratification expresse n'est pourtant pas écrite dans l'art. 183. Si d'ailleurs la renonciation formelle n'était pas possible, il résulterait de là, qu'en cas de décès de l'autre conjoint, dans les six premiers mois de la cohabitation, l'époux induit en erreur, ou violenté, ne pourrait plus ratifier ce mariage ; ni formellement, car la mort de l'autre conjoint ne saurait lui concéder ce droit s'il lui était refusé par la loi ; ni tacitement, car, comme nous le verrons bientôt, la ratification tacite résulte seulement de la cohabitation, et cette cohabitation est devenue impossible par suite du décès de l'autre conjoint ; un pareil résultat est inadmissible.

La ratification expresse résulte de tout acte emportant, d'une manière formelle et certaine, renonciation à l'action en nullité. Il s'agit là, avant tout, d'une question de fait. Ainsi, on ne peut pas dire

d'une manière générale avec Duranton (II, 583), que l'autorisation donnée par le mari à sa femme pour contracter ou pour plaider, implique ratification formelle, ni se décider d'une manière absolue en sens contraire (comme le fait Marcadé sur l'art. 181.). Il vaut mieux abandonner cette question à l'appréciation des tribunaux qui devront la résoudre selon l'urgence des cas, les termes de l'autorisation et toutes les autres circonstances de fait (Demolombe III. 265. — Dalloz V°. Mariage, n° 464.).

La ratification expresse éteint l'action en nullité et le mariage devient parfaitement valable, même avant l'expiration des six premiers mois de cohabitation. Elle peut être donnée aussi bien par un époux mineur que par un majeur. La capacité de consentir au mariage implique celle de ratifier un consentement entaché de vices (Duranton II. 284.).

On donne, en général, le conseil à l'époux de ratifier conformément aux dispositions de l'art. 1338 ; mais il ne faudrait pas faire de ce conseil une règle obligatoire. L'art. 1338 concerne les obligations conventionnelles et l'application de ses dispositions ne saurait être exigée, à peine de nullité, dans la matière du mariage qui est tout à fait spéciale.

153. — La seconde fin de non-recevoir, admise par la loi contre notre action en nullité, est celle qui résulte de la cohabitation continuée pendant six mois à partir de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur (art. 181.).

Cette disposition ne passa dans la loi qu'après des discussions nombreuses. La commission chargée de rédiger le projet de code avait proposé, pour le cas d'erreur, que la nullité fût couverte par une cohabitation de deux ans, même dans l'hypothèse où l'erreur n'aurait pas été encore découverte au moment de l'expiration de ce délai. La Cour d'appel de Toulouse, non-seulement partageait cet avis, mais proposait même de l'étendre au cas de violence. La Cour d'appel de Rouen demanda, au contraire, que l'erreur, comme la violence, fût un obstacle à toute fin de non-recevoir tant qu'elle subsisterait. Ce projet l'emporta au Conseil d'Etat, mais non sans difficulté.

Ce premier point établi, on se demanda quelle devrait être la durée de la cohabitation à partir de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. Bien des systèmes furent proposés : le ministre de la justice et M. Rœderer voulaient qu'une cohabitation quelconque, même d'un jour, à partir de cette époque, fût suffisante. Mais Tronchet fit repousser cette proposition par deux considérations : le mariage est un engagement si grave qu'il faut donner le temps à la réflexion de naître ; souvent il est difficile de déterminer d'une manière précise à quel moment cesse l'erreur ou la violence. Tronchet proposa d'accorder un délai de six mois ; le premier Consul demanda celui d'un an, et son opinion fut admise par le Conseil d'Etat (Locré IV, p. 114 et

115. Séance du 6 brumaire an X.). Mais, plus tard, le Tribunat trouvant que le laps d'une année était trop long, proposa de nouveau le délai de six mois et cette règle fut admise dans la rédaction définitive, à la séance du 6 brumaire an XI (Locré. Esprit du code Napoléon, p. 220 à 229.).

154. — Si l'on veut maintenant analyser les différentes conditions auxquelles cette fin de non-recevoir est soumise, on en rencontre trois. Il faut :

1). *Une cohabitation.* L'action serait recevable après l'expiration de six mois, s'il n'y avait pas eu cohabitation (Cass. 4 nov. 1822. S. 23. 1. 19.).

2). *Continuée.* Ainsi il ne suffit pas que la cohabitation ait eu lieu pendant un nombre de jours égal à celui que renferment six mois. La loi exige une continuation continue ; mais s'il est vrai de dire qu'une longue interruption ferait perdre ce caractère à la cohabitation, il faut, toutefois, reconnaître aussi qu'un simple intervalle de quelques jours, ne saurait produire cet effet. C'est encore là une question de fait.

3). *Pendant six mois.* Ce délai est de rigueur ; comme le dit M. Demolombe, une cohabitation de cinq mois et vingt-neuf jours ne suffirait pas. On ne saurait critiquer la longueur de ce délai et dire que l'époux trompé ou violenté a le moyen de vivre légalement en concubinage et d'y contraindre son conjoint pendant six mois à partir de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. Cette objec-

tion ne porte pas. Il est impossible de prétendre sérieusement que la loi oblige le conjoint à cohabiter tant que l'action n'est pas intentée et la nullité prononcée; ce serait imposer la violation d'un devoir de conscience. Ce conjoint peut donc refuser de cohabiter. En vain lui opposerait-on la règle du droit commun suivant laquelle les contrats doivent être exécutés tant que la nullité n'a pas été prononcée, car, comme le fait remarquer Demante, si les choses se passent ainsi, c'est parce que « dans les contrats ordinaires, cette exécution peut avoir lieu sans la violation d'un devoir de conscience » (Demante I, n° 256 bis.). D'ailleurs, l'époux qui jouit de l'action en nullité serait mal venu à se plaindre de ce refus : il lui suffit, pour le faire cesser, de renoncer formellement à son action en nullité.

Le délai de six mois court aussi bien contre l'époux mineur que contre l'époux majeur; la loi ne distingue pas, et, en effet, on conçoit que ce délai coure contre le mineur, car sa capacité de contracter mariage emporte capacité de le ratifier soit expressément, soit tacitement par une cohabitation de six mois.

155. — C'est à partir du jour de la découverte de l'erreur ou de l'entière cessation de la violence que commence notre délai (art. 181.). Quand on intente l'action en nullité avant l'expiration de six mois, depuis l'époque de la célébration du mariage, la preuve que l'on se trouve encore dans les délais utiles, ne

peut soulever aucune difficulté ; il n'en saurait même être question, car, elle résulte du rapprochement de deux dates. Mais la question est plus délicate lorsque l'époux agit après plus de six mois de cohabitation continuée depuis le mariage ; on ne manquera pas de soutenir contre lui l'absence de toute violence, de toute erreur, et alors, par application de la loi ordinaire : *incumbit onus probandi, ei qui dicit*, il sera tenu de prouver, non-seulement l'existence de la violence ou de l'erreur au moment du mariage, mais encore sa continuation pendant le mariage et jusqu'à une époque depuis laquelle la cohabitation n'a pas duré six mois (Cass. 26 juillet 1825. S. 25. 1. 370.—Besançon. 1er mars 1827. S. 27. 2. 141.).

156. — Ce mode de ratification tacite résultant de la cohabitation pendant un certain temps est le seul que la loi ait reconnu. Aucun autre fait ne saurait constituer, aux yeux de la loi, une ratification tacite qui excluerait l'action en nullité. Les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute sur ce point : en parlant spécialement de la cohabitation continuée pendant six mois, le législateur a voulu rejeter tous les autres faits dont on voudrait faire naître une confirmation tacite. Cette disposition est d'ailleurs fort sage, car ces faits, en général, seraient peu concluants et pourraient faire naître de graves difficultés. Ainsi, la grossesse de la femme ou la naissance d'enfant ne sauraient suffire, car elles peuvent être le résultat de l'adultère ou, comme nous

l'avons déjà dit, remonter à une époque à laquelle le vice du consentement existait encore (Locré IV, p. 359 et 415. — Toullier I. 610. — Vazeille I. 260 et 261. — Valette sur Proudhon I, p. 433, note *a*. — Demolombe III. 263. — Aubry et Rau IV, p. 64. texte et note 18. — Civ. Cass. 4 novemb. 22. S. 23. 1. 219.).

De même, la possession d'état, si l'on admet, contrairement à notre opinion, qu'elle soit susceptible de s'acquérir, malgré l'absence de toute cohabitation, ne saurait couvrir la nullité du mariage ; qu'on y voie une ratification tacite ou qu'on invoque l'art. 196. Elle ne peut valoir comme ratification tacite, car la loi n'admet cette fin de non-recevoir que dans une hypothèse; on ne saurait s'appuyer sur l'art. 196, car il n'autorise à opposer la possession d'état comme fin de non-recevoir, à une action en nullité, qu'autant que la demande se fonde sur un vice intrinsèque dont se trouve entachée la célébration du mariage (Aubry et Rau IV, p. 58, texte et note 36. — Demolombe III, n°s 313 et 328.).

157. — En dernier lieu, l'action en nullité du mariage pour cause de violence ou d'erreur, s'éteint par la prescription. Cette prescription suppose toutefois qu'il n'y a pas eu une cohabitation continuée pendant six mois, car autrement l'action serait déjà éteinte par cette ratification tacite.

158. — Mais par quel délai s'accomplit cette prescription de l'action en nullité?

Les auteurs sont loin de s'entendre sur ce point.

D'après M. Demante, cette action est perpétuelle. La nullité du mariage est, en effet, une question d'état et l'état est imprescriptible. D'ailleurs, la loi ayant pour certains cas, au titre du mariage, déterminé la durée de l'action en nullité, on ne peut chercher ailleurs le délai de la prescription. Et cette solution est en définitive fort juste, car cette hypothèse suppose l'absence de toute cohabitation continuée pendant six mois; or, « plus est long l'espace écoulé sans cohabitation, moins il serait raisonnable d'en induire l'intention de confirmer le mariage et plus il serait injuste de déclarer l'action éteinte » (Demante, 263 bis. II. — Girard, p. 452.).

Ce système est pourtant généralement repoussé, et on reconnaît qu'une action ne peut présenter le caractère d'être imprescriptible qu'autant que la loi le lui accorde d'une manière formelle : tel est, par exemple, le cas tout spécial de l'art. 328. Mais alors de nouvelles difficultés s'élèvent sur le point de savoir par quel délai s'accomplit la prescription.

Suivant les uns, en présence du silence du code, il faut recourir à la règle générale sur la prescription des actions en nullité des conventions; or, cette règle se trouve dans l'art. 1304. Il faut donc admettre une prescription de dix ans. C'est qu'en effet les motifs sur lesquels repose l'art. 1304 s'appliquent à notre hypothèse : toutes les questions de nullité, qu'il s'agisse du mariage ou d'un autre contrat, nécessi-

tent un examen de faits et une appréciation de preuves que le temps rend de plus en plus difficiles (Demolombe III. 268. — Duranton II. 278. — Duvergier sur Toullier I. 610. — Dalloz. V° Mariage, n° 466.).

Suivant les autres, et c'est cette opinion que nous préférons, l'action en nullité s'éteint par la prescription de trente ans. On ne peut, en effet, invoquer l'art. 1304, car sa disposition est en dehors de notre matière ; cet article est spécial aux conventions ordinaires, aux actions en nullité relatives au patrimoine : il est complétement étranger aux actions en nullité du mariage, contrat tout à fait à part et régi par un ensemble de principes spéciaux, et plus généralement encore aux actions en nullité des conventions ou actes relatifs à l'état civil ; on ne saurait l'appliquer à l'action en nullité d'une reconnaissance d'enfant naturel ou d'une adoption, pas plus qu'à l'action en nullité du mariage. L'art. 1304 est en réalité la sanction des dispositions des art. 1109 à 1118 ; or, comme le code a adopté des règles différentes dans le mariage, il faut bien reconnaître que l'art. 1304 est aussi étranger à notre matière par cela même qu'il forme, pour ainsi dire, le complément de dispositions qui n'ont pas été admises pour le mariage.

L'art. 1304 étant écarté, il faut bien, dès-lors, appliquer l'art. 2262, dont la disposition est, en effet, générale : elle concerne toute action dont la durée

n'a pas été limitée d'une manière spéciale; or, tel est bien le cas de notre action en nullité du mariage.

(En ce sens : Aubry et Rau IV, p. 64, texte et note 19. — Marcadé. Sur l'art. 181, n° 3. — Massé et Vergé I, p. 206.)

Au bout de trente ans, la nullité du mariage ne peut donc plus être demandée par voie d'action; mais on a encore le droit de s'en prévaloir sous forme d'exception, si l'on est attaqué. Il faut encore appliquer ici la règle du droit commun : *Quæ temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum sunt*. L'époux contre lequel on viendrait se prévaloir de la validité du mariage après un délai de plus de trente ans, pourrait donc en opposer la nullité sous forme d'exception. Tous les motifs qui ont fait généralement admettre cette règle de procédure, s'appliquent en notre matière; l'époux est en possession de l'état de personne non mariée par suite du défaut complet de cohabitation depuis l'époque du mariage; il n'intente pas l'action en nullité parce qu'il suppose, avec raison, que le vice de son mariage étant connu, personne ne voudra le troubler; si plus tard on l'attaque, lors même que l'action en nullité serait prescrite, il doit pouvoir opposer le vice du consentement, car il est de principe que « la défense doit être permise aussi longtemps que l'attaque » (Demolombe III, 269. — Aubry et Rau IV, p. 64, note 19. — Contra : Allemand. Mariage. I. 595.). Merlin (Rép.

V° Mariage, section 6, § 2, 5e et 6e questions sur l'art. 183.), tout en admettant cette opinion, fait des distinctions : il n'autorise à opposer l'exception de nullité par application de la règle : *Quæ temporalia ad agendum*, qu'autant que l'action est intentée par des héritiers collatéraux de l'autre époux ; il refuse l'exception de nullité lorsque la demande émane de l'autre époux ou d'un enfant né du mariage. Mais cette distinction nous paraît tout à fait arbitraire.

C. De la demande en nullité et du jugement.

159. — Le mariage étant un contrat purement civil, il ne peut plus être question de juridiction ecclésiastique : la demande en nullité est toujours portée devant les tribunaux ordinaires, et, comme la matière est personnelle, c'est le juge du domicile du défendeur qu'il faut saisir de l'affaire.

160. — Tous les moyens de preuves sont admis pour établir l'existence de la nullité, même la preuve testimoniale et les simples présomptions. On a décidé, à cet égard, qu'il fallait appliquer la disposition de l'art. 251 du code Napoléon. Cet article déroge, pour le divorce, à la règle ordinaire des art. 223 et 265 du code de procédure civile ; il décide que les parents des parties autres que leurs descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, ni les domestiques des époux en raison de cette qua-

lité. Dans l'opinion de certains auteurs, le conjoint qui se plaint d'une violence ou d'une erreur pourrait donc les assigner comme témoins (cpr : Montpellier, 6 mai 1826. S. 27. 2. 24.).

Nous ne partageons pas toutefois cette opinion. Que l'exception de l'art. 251 puisse s'étendre du cas de divorce à celui de séparation de corps, cela est très-juste, car les parents et les domestiques sont les témoins nécessaires et souvent les seuls témoins des affaires d'intérieur; et, d'un autre côté, il faut bien admettre que le code Napoléon, en laissant aux époux le choix entre le divorce ou la séparation de corps, et pour les mêmes causes, leur donnait aussi les mêmes moyens de preuve dans les deux cas. Mais toute différente est la question lorsqu'il s'agit d'une demande en nullité de mariage; l'analogie n'existe plus; la violence et l'erreur peuvent avoir des causes bien diverses; si les parents ont, peut-être, une connaissance plus particulière des faits de la cause, on ne peut cependant dire qu'ils sont nécessairement les seuls témoins; et enfin, les raisons sur lesquelles on s'appuie pour étendre l'exception à la séparation de corps, n'existant pas, il faut bien rentrer sous l'application de la règle ordinaire; *cessante ratione legis, cessat dispositio*.

161. Les jugements produisent en notre matière leurs effets ordinaires. L'appel interjeté est suspensif; mais on ne saurait attribuer cet effet au recours en cassation. L'art. 16 de la loi du 27 novembre 1791

porte formellement qu'en règle générale le pourvoi en cassation ne produit pas effet suspensif : on peut donc exécuter le jugement ou l'arrêt tant qu'il n'a pas été cassé. Cette règle peut entraîner de graves inconvénients. Le législateur y a songé pour le cas de divorce et il a décidé que le jugement prononçant un divorce ne pourrait être exécuté qu'après l'expiration des délais de cassation (art. 264 et 265). S'il en avait été autrement, les époux divorcés auraient pu convoler en secondes noces avant l'arrêt de la Cour de Cassation, et pour le cas où cet arrêt n'aurait pas admis le divorce, ces époux se seraient trouvés en état légal de bigamie.

Le même inconvénient peut se présenter lorsqu'il s'agit d'une action en nullité de mariage ; et l'on s'est demandé si, pour l'éviter, il ne faut pas étendre à ces hypothèses, la règle des art. 264 et 265. En effet, si l'arrêt qui prononce la nullité est cassé après la célébration d'un second mariage, les époux se trouveront encore en état de bigamie par le fait de la loi elle-même. Mais enfin, comme il n'existe aucun texte pour les actions en nullité de mariage, on est bien obligé d'appliquer les principes ordinaires et de refuser tout effet suspensif au pourvoi en cassation. Suivant M. Demolombe (III. 250), on doit étendre au cas de nullité, les dispositions des art. 264 et 265 ; mais les principes les plus élémentaires de l'herméneutique s'opposent à une pareille extension. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. On

peut, du reste, indiquer un moyen pratique d'éviter le scandale d'une bigamie autorisée par la loi : l'officier de l'état civil devant lequel se présenterait l'un des époux de l'union attaquée et soumise à la Cour suprême, pourrait opposer la force d'inertie et soulever ainsi des difficultés qui permettraient de retarder le second mariage jusqu'à la solution définitive et irrévocable de la question de validité du premier (1).

162. — Le jugement, ou l'arrêt, se borne à prononcer la nullité du mariage : il condamne aussi les époux à se séparer, mais cette clause est aujourd'hui de pure forme, et il est bien certain qu'on ne pourrait plus contraindre, par la force, les époux à s'y soumettre. Dans aucun cas, les tribunaux ne peuvent ordonner la réhabilitation, à la différence de ce qui avait lieu dans l'ancien droit ; les dispositions que l'on avait insérées à cet égard dans le projet n'ont pas passé dans le code (Fenet IX, p. 58).

Mais il n'est pas douteux que le jugement, ou l'arrêt, peut allouer des dommages-intérêts à l'époux qui obtient la nullité du mariage, si l'autre époux s'est rendu envers lui coupable d'un fait répréhensible, comme par exemple, s'il est l'auteur de la violence ou s'il a induit, par fraude, son conjoint en erreur (art. 1382).

(1) Tout ce que nous venons de dire du pourvoi en cassation doit s'étendre aussi au simple délai d'appel ; ce délai n'est pas, en effet, suspensif, à la différence de l'appel interjeté.

D. Des effets de l'annulation du mariage.

163. — Ces effets ne sont pas spéciaux au cas de nullité résultant d'un vice dans le consentement ; ils sont communs à tous les mariages annulés ; aussi, nous bornons-nous à les indiquer d'une manière sommaire.

Le mariage annulable produit, sans doute, tous les effets ordinaires d'une union légitime tant que la nullité n'en a pas été prononcée ; ainsi, il s'oppose à la célébration d'un nouveau mariage ; l'époux mineur est un mineur émancipé ; si la femme épousée était étrangère, elle devient Française, etc, etc.

Mais une fois le jugement en nullité, irrévocable, le mariage est rétroactivement annulé ; on le considère comme n'ayant jamais existé.

Dès-lors aussi, tous les effets qui résultent du mariage comme tel, disparaissent. Ainsi, les époux peuvent contracter une nouvelle union ; ils peuvent même se remarier entre eux, à moins qu'il n'existe un empêchement dirimant. Les conventions matrimoniales stipulées au contrat de mariage sont anéanties ; les donations faites en vue du mariage, tombent (1088) ; on n'applique pas les conventions du contrat de mariage aux biens des époux. Cette règle souffre toutefois exception en cas de bonne foi ; on applique alors les principes du mariage putatif et l'union produit tous ses effets civils, tant à l'égard

de l'époux de bonne foi qu'à l'égard des enfants nés du mariage annulé (201 et 202).

D'un autre côté, le mariage annulé, comme acte ou contrat juridique, subsiste toujours comme simple fait pour le passé; le jugement peut bien retirer rétroactivement au mariage tous ses caractères juridiques, mais le fait de l'union n'en existe pas moins, et la décision du tribunal, ou de la Cour, ne l'anéantit pas. De là résultent un certain nombre de conséquences généralement admises par les auteurs :

A défaut de contrat de mariage, les biens des époux sont régis par les principes ordinaires des sociétés de fait.

La filiation des enfants demeure prouvée, même après l'annulation du mariage (Demolombe III. 345. — Aubry et Rau IV, p. 42.).

La femme ne peut se remarier avant l'expiration des dix mois depuis l'époque du jugement d'annulation, art. 228 (Trèves, 30 avril 1806. S. 6. 2. 138.).

Les effets de l'alliance, ou, pour mieux dire, de l'affinité naturelle résultant du commerce des époux, existent encore et notamment les empêchements de mariage fondés sur cette cause. On a soutenu le contraire en disant que l'alliance est un effet civil du mariage et ne résulte que du mariage. Mais il nous semble qu'en l'absence de toute disposition du code sur ce point, il faut encore donner à l'alliance la même portée que dans notre ancien droit. Or, en droit canonique, et dans notre ancienne France, l'al-

liance résultait, non-seulement du mariage, mais encore de tout commerce illégitime (Pothier. Contrat de mariage, n° 162.). Il en est encore de même aujourd'hui. Dès-lors, si le simple commerce suffit pour produire une affinité qui constitue un empêchement de mariage, à plus forte raison en est-il de même du mariage annulé. Cette règle repose d'ailleurs sur les motifs les plus graves d'honnêteté publique : il serait scandaleux de voir un époux, après l'annulation de son premier mariage, épouser, par exemple, un parent en ligne directe de son conjoint.

(En ce sens : Aubry et Rau IV, p. 53. texte et note 13. — Allemand I. 57. — En sens contraire : Demolombe III, 347.).

liance résultait, non-seulement du mariage, mais encore de tout commerce illégitime (Pothier, Contrat de mariage, n° 162). Il en est encore de même aujourd'hui. Dès-lors, si le simple commerce suffit pour produire une affinité qui constitue un empêchement de mariage, à plus forte raison doit-il de même du mariage annulé. Cette règle repose d'ailleurs sur les motifs les plus graves d'honnêteté publique : il serait scandaleux de voir un époux, après l'annulation de son premier mariage, épouser, par exemple, un parent en ligne directe de son conjoint.

(En ce sens : Aubry et Rau IV, p. 63, texte et note 13. — Allemand I, 87. — En sens contraire : Demolombe III, 317.

TROISIÈME PARTIE.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

TROISIÈME PARTIE.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

CHAPITRE I.

LÉGISLATIONS ALLEMANDES.

164. Caractère du mariage en Allemagne : législations qui le régissent.

164. — Parmi les nombreuses législations qui régissent les différents Etats, principaux ou secondaires, de l'Allemagne, les unes considèrent encore le mariage comme un contrat religieux et adoptent, en général, les principes du droit canonique, les autres font du mariage un contrat purement civil.

Le droit commun allemand, applicable en cas de silence de la loi nouvelle, se compose en grande partie des principes du droit canonique et même du droit romain, qui l'ont, en cette matière, définitivement emporté sur les lois germaniques. Aussi, la

maxime suivant laquelle les effets du mariage ne se produisent qu'à partir de la cohabitation (la femme gagne au coucher son douaire) a généralement disparu ; de même, les conditions requises pour la validité du mariage sont le plus souvent celles du droit romain ou du droit canonique ; les fiançailles sont admises dans la plupart des pays et l'on reconnaît une certaine force obligatoire aux promesses de mariage.

Nous allons nous occuper plus particulièrement des législations Autrichienne et Prussienne ; et ensuite, nous dirons quelques mots de celles qui régissent les Etats secondaires de l'Allemagne.

SECTION I.

Législation Autrichienne.

165. Du consentement des parents. — 166. Des fiançailles. — 167. Personnes incapables de manifester un consentement valable. — 168. Erreur, violence, rapt. — 169. Erreur sur une simple qualité de la personne. — 170. De l'impuissance. — 171. Condamnation à la prison dure, vœux ecclésiastiques, différence de religion.

165. — En Autriche, les mineurs de 14 ans, de l'un et de l'autre sexe, ne peuvent pas contracter mariage à moins de dispenses ; au delà de cet âge, les mineurs peuvent se marier avec le consentement de leurs parents.

Toutefois, les parents ne peuvent refuser leur

consentement que pour des causes déterminées (savoir : le manque de moyens de subsistance, une conduite irrégulière, une maladie contagieuse, l'impuissance) ; et si le refus des parents est mal fondé, le mineur peut se pourvoir devant le juge compétent pour faire briser la résistance paternelle.

166. — Afin d'assurer la liberté absolue du consentement, la loi, tout en autorisant les fiançailles, décide qu'elles ne produisent aucune obligation légale, soit à la conclusion du mariage, soit même pour la prestation convenue au cas de dédit ; seulement, la partie qui se dégage sans motifs peut être condamnée, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts.

167. — Les fous, les furieux, les idiots, étant incapables de consentir, ne peuvent se marier. Mais la question est discutée entre les jurisconsultes sur le point de savoir si l'aliéné interdit peut se marier lorsque la folie a complétement cessé et que cependant l'interdiction n'a pas encore été levée par la justice. Certains auteurs admettent la validité d'une pareille union en se fondant sur ce que le texte de la loi exige seulement que la personne soit capable de consentir au moment du mariage (den Gebrauch der Vernuft erhalten habe) (cpr en ce sens : Schulte. Handbuch des katholischen Eherechts, p. 507.) ; mais l'opinion contraire est professée par d'autres auteurs (cpr Pachmann. Lehrbuch des Kirchenrechts II, p. 247.), et il paraît qu'elle est généralement partagée par la jurisprudence des tribunaux.

168. — A l'égard des vices du consentement, il faut distinguer la crainte et la violence, de l'erreur. La loi Autrichienne a admis pour la crainte et la violence les principes du droit canonique; il en est de même pour le rapt. L'erreur n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle porte sur la personne même. Le texte de la loi est précis : « Ein Irrthum macht die Einwilligung in die Ehe nur dann ungültig wenn er in der Person des künftigen Ehegatten vorgegangen ist (art. 57, du c. Autrichien).

169. —Cette règle souffre toutefois une exception : le mari peut demander la nullité du mariage lorsqu'il découvre qu'au moment de la célébration, sa femme était déjà enceinte des œuvres d'un autre homme (1), à moins qu'il ne s'agisse d'une femme qui a convolé en secondes noces moins de six mois depuis l'époque de l'annulation ou de la dissolution de sa première union (art. 58 et 121.).

Sauf ce cas, l'erreur sur une qualité quelconque de la personne, ne produit jamais aucun effet. Sans doute, les auteurs admettent la nullité du mariage pour cause d'erreur *qualitatis in personam redundans,* mais c'est qu'en réalité cette erreur porte sur la personne elle-même (Schulte. *Loc. cit.* — Dollinger. Handbuch des katolischen Eherechts, p. 152 et suiv. — Pachmann, p. 301.).

(1) Mais si le mari avait connu la grossesse d'une manière quelconque, au moment du mariage, il serait privé de ce droit.

170. — D'un autre côté, l'impuissance est considérée comme un empêchement spécial et dirimant : le droit Autrichien admet, sur ce point, purement et simplement les règles du droit canonique, sauf une exception : au lieu de trois ans de cohabitation, la loi en exige quatre pour que la preuve de l'impuissance soit acquise dans le cas où elle était douteuse à l'origine.

171. — La condamnation à la prison dure ou très-dure, tant qu'on subit la peine, les vœux ecclésiastiques, la différence de religion sont aussi des empêchements particuliers.

Toutefois, la différence de religion ne produit cet effet qu'autant qu'on ne l'a pas fait connaître à l'autre conjoint. Le mariage volontaire entre catholique et non catholique est donc permis; seulement, en pareil cas, l'union est forcément célébrée par le curé catholique; l'ecclésiastique de l'autre religion ne peut qu'y assister.

Enfin, dans les cas où la nullité est admise pour cause d'erreur ou de violence, l'action ne peut être intentée que par l'époux victime de l'erreur ou de la violence; et il perd même ce droit, s'il continue à vivre avec son conjoint après la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence.

(Cpr code Autrichien : art. 24 et suiv. jusqu'à l'art. 97.).

SECTION II.

Législation Prussienne.

172. Caractère du mariage selon le code prussien; divorce. — 173. Promesses de mariage. — 174. Personnes incapables de consentir : de l'aliéné interdit, en particulier. — 175. De la violence, de l'erreur; l'erreur est une cause de nullité même quand elle porte sur une simple qualité. — 176. De l'impuissance. — 177. Délai de l'action en nullité pour violence ou erreur.

172. — La Prusse possède aussi un code dans lequel se trouvent de nombreuses dispositions relatives au mariage; mais ce code n'est pas en vigueur dans la Prusse Rhénane, ni dans le Grand-Duché de Berg où l'on a continué à appliquer le code Napoléon.

Le code Prussien envisage aussi le mariage comme un contrat religieux (art. 136 et 137, 2e partie, titre 1er). D'un autre côté, il reconnaît le divorce et l'autorise pour les causes suivantes : adultère — abandon volontaire — refus opiniâtre et constant du devoir conjugal, lequel est assimilé à l'abandon volontaire — l'impuissance et les autres infirmités corporelles entièrement incurables, survenues même depuis le mariage, et qui excitent le dégoût et l'aversion ou empêchent l'accomplissement du devoir conjugal — la folie continuée pendant plus d'une année et sans espoir de guérison —

l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre — la condamnation à une peine infamante — l'exercice d'une profession honteuse — l'ivrognerie, la prodigalité, la conduite déréglée (art. 669 à 710.).

173. — Les promesses de mariage sont valables, à la différence de ce qui a lieu en Autriche : chaque fiancé a le droit d'intenter une action en justice pour faire célébrer le mariage, pourvu que la promesse ait été contractée devant notaire ou en justice, et, si l'autre partie refuse, sans motifs, d'exécuter sa promesse, elle est condamnée : à des dommages-intérêts, à la perte du quart de tous les avantages qu'elle avait faits à son futur conjoint, à une satisfaction légale, à une amende et même à un emprisonnement suivant les circonstances.

174. — L'art. 38 du code Prussien, 2e partie, titre 1er, reproduit la disposition de notre art. 146 : « Ohne die freie Einwilligung beider Theile ist keine Ehe verbindlich ». « Sans le libre consentement des deux parties, le mariage ne se forme pas ». Les fous, les furieux, les idiots sont assimilés aux enfants de moins de sept ans et ne peuvent faire aucun acte valable : la loi leur défend de contracter mariage, même pendant les intervalles lucides; elle présume que la folie est toujours continue. L'incapacité des aliénés commence à partir de l'heure de midi du jour où le décret qui la prononce a été publié dans un journal.

175. — Le code Prussien admet les mêmes règles

que le droit Français et le droit Autrichien à l'égard de la violence et de la crainte révérentielle (art. 39 et 41, 2e partie, titre 1er.); mais il diffère de ces deux législations en ce qui concerne l'erreur, laquelle constitue une cause de nullité du mariage, non-seulement lorsqu'elle porte sur la personne, mais même pour le cas où elle est relative à une qualité telle, que si l'erreur n'avait pas existé, le mariage n'aurait pas eu lieu (« in solchen persœnlichen Eigenschaften geirrt worden ist, welche bei Schliessung einer Ehe von dieser Art vorausgesetzt zu werden pflegen » art. 40). La loi Prussienne n'énumère pas ces qualités : elle abandonne ainsi la question à l'appréciation des tribunaux; mais elle veut que l'erreur soit du nombre de celles qu'il est impossible d'éviter; la nullité ne saurait être demandée si l'erreur avait sa cause dans une faute ou dans une négligence (art. 82). Il importe peu, du reste, que l'erreur provienne ou non d'un dol de l'autre partie, ou d'un tiers (art. 85 et 87.).

176. — L'impuissance n'est pas une cause d'annulation du mariage, mais elle est une cause de divorce comme nous l'avons vu précédemment. La loi n'exige qu'une condition pour qu'elle produise cet effet : il faut qu'elle soit incurable; peu importe qu'elle soit visible ou invisible, qu'elle résulte de la nature ou d'un fait accidentel, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la célébration du mariage.

177. — Le délai donné pour intenter l'action en

nullité à raison de l'erreur ou de la violence est de six semaines seulement, à partir de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence; après l'expiration de ce délai, le mariage devient irrévocable (art. 41). Lorsqu'au contraire la nullité du mariage est prononcée, la sentence produit effet rétroactif jusqu'au jour de la célébration, de sor e que l'union est censée n'avoir jamais existé.

SECTION III.

Législation des Etats secondaires.

178. Caractères de ces législations en ce qui concerne le mariage. — 179. Des promesses de mariage. — 180. De l'erreur. — 181. De l'impuissance.

178. — Il nous reste, pour terminer cet exposé rapide de la législation Allemande, à faire connaître les principales dispositions qui sont en vigueur dans les Etats secondaires. Les lois de ces pays sont loin de présenter de l'uniformité ; pour citer un seul exemple, nous ferons remarquer que le mariage est permis : en Saxe, à 21 ans pour l'homme, et pour la femme à l'âge admis par le droit canonique; dans la Hesse, à 18 ans pour la femme, et à 22 ans pour l'homme ; en Bavière, on applique le droit canonique. Toutefois on peut ranger toutes ces législations dans deux classes bien distinctes : celles des pays catholiques et celles des pays protestants.

Dans les Etats catholiques, on suit généralement

les principes du droit canonique; le mariage est resté un contrat religieux ; dans les Etats protestants, la législation civile s'est affranchie de ces règles, et a généralement admis le divorce comme mode de dissolution du mariage.

179. — Les promesses de mariage sont presque partout valables; seulement elles sont quelquefois soumises à certaines formalités.

180. — A l'égard de l'erreur, on suit généralement les règles du droit canonique, avec cette différence toutefois qu'on en a élargi l'application. Ainsi, on considère comme cause d'annulation : la grossesse de la femme antérieure au mariage et ignorée du mari; l'existence d'une condamnation infamante, de la folie périodique, d'une maladie contagieuse inconnue à l'autre conjoint. Quelques Etats, comme par exemple le Grand-Duché de Baden, suivent même la règle du droit Prussien suivant laquelle l'erreur sur une qualité quelconque, mais essentielle, peut autoriser une demande en nullité de mariage.

181. — Quant à l'impuissance, elle est admise dans les Etats catholiques comme cause d'annulation; dans les Etats protestants elle est une cause de dissolution par le divorce.

Parmi les Etats catholiques, les uns se soumettent à cet égard aux règles du droit canonique. Telle est la Bavière ; les autres le modifient sous certains rapports; ainsi, dans le Grand-Duché de Baden l'impuissance n'est une cause de nullité qu'autant qu'avant le mariage elle était inconnue à l'autre partie.

CHAPITRE II.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES AUTRES QUE CELLES DE L'ALLEMAGNE.

182. Pays qui sont régis par le droit canonique ou par le code Napoléon. — 183. Caractères du mariage à l'étranger; pays où il est encore un contrat religieux, pays où il est devenu un contrat civil; le code Italien du 25 juin 1865. — 184. Fiançailles et promesses de mariage. — 185. Règles concernant les aliénés interdits, les faibles d'esprit. — 186. De l'erreur, de la violence, de l'impuissance. — 187. Action en nullité.

182. — Il ne sera pas inutile, après avoir étudié les législations allemandes, de jeter un coup d'œil rapide sur les autres législations étrangères; nous nous bornerons d'ailleurs à faire ressortir les différences importantes qu'elles présentent, soit avec le code Napoléon, soit avec le droit canonique; en outre, nous ne parlerons pas des Etats qui ont reproduit les dispositions de notre code, soit qu'ils aient adopté l'ensemble de notre législation civile, soit qu'ils aient transcrit dans leurs lois propres les principes du code Napoléon relatifs à notre matière.

Ainsi, sont encore régis par le droit canonique, les Etats Romains, quelques cantons Suisses (Glaris, les Grisons, Lucerne) et plusieurs Etats secondaires de l'Allemagne, comme le Wurtemberg, par exemple; au contraire, on applique purement et simplement les principes du code Napoléon dans les provinces Allemandes du Rhin, comme nous l'avons vu, en Belgique, au Brésil, et même dans l'île d'Haïti : tous ces Etats ont adopté le code Napoléon; la Hollande et quelques cantons Suisses (Fribourg, Neufchâtel), tout en possédant des lois propres, ont emprunté les dispositions du code Napoléon en notre matière.

183. — Le mariage est encore un contrat religieux dans un grand nombre d'Etats, notamment dans la plupart des Etats de l'Allemagne, en Espagne, dans l'Amérique du Sud, en Russie, dans la partie de la Pologne qui appartient à la Russie (1), en Suède, dans plusieurs parties de la Suisse (Bâle, Berne, Neufchâtel, Zurich), en Bolivie, dans les îles Ioniennes, dans la Louisianne, etc. Au contraire, dans un certain nombre de provinces des Etats-Unis, en Hollande, et dans tous les pays qui sont régis par le code Napoléon, le mariage est un contrat purement civil. On n'ignore pas qu'en Italie le nouveau code civil, promulgué le 25 juin 1865 et exécutoire pour toute l'Italie à partir du 1er janvier 1866, vient de

(1) La Pologne Prussienne est régie par la loi Prussienne et la Pologne Autrichienne par les lois Autrichiennes.

lui donner aussi ce caractère (1) (cpr Huc. Le code civil Italien et le code Napoléon.).

En Portugal, le mariage est à la fois un contrat civil et religieux ; comme contrat civil, il est valable par le seul consentement des parties, et c'est le juge civil qui est compétent pour connaître des difficultés qu'il soulève ; comme contrat religieux, il ne se forme que par la bénédiction sacerdotale. Il présente aussi ce double caractère dans les cantons d'Appenzel, d'Argovie et de Neufchâtel.

184. — Dans la plupart des Etats de l'Europe, les fiançailles existent encore et les promesses de mariage sont parfaitement valables à la condition, le plus souvent, d'avoir été faites suivant une certaine forme prescrite par la loi ; leur inexécution donne lieu à des dommages-intérêts. Le nouveau code Italien consacre deux articles aux promesses de mariage (art. 53 et 54 ; titre du mariage). L'art. 53 les déclare nulles, mais l'art. 54 ajoute : « Si cette promesse a été faite dans un acte public ou sous seing-privé par un majeur ou par un mineur autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si cette promesse

(1) Mais la loi Italienne, tout en sécularisant le mariage, n'a pas reproduit les pénalités édictées par les art. 199 et 200 du code pénal contre le ministre du culte qui procède au mariage avant la célébration de l'union civile. Le rapporteur de la commission du Sénat a dit que la loi Italienne voulait se montrer plus libérale que la loi Française. On peut donc en Italie faire célébrer l'union religieuse, soit avant, soit après le mariage civil (Huc. *Loc. cit.* p. 41.).

résulte des publications faites par l'officier de l'état civil, le promettant, s'il refuse de l'exécuter sans juste motif, est tenu d'indemniser l'autre partie de toutes les dépenses motivées par cette promesse de mariage. Néanmoins l'action en indemnité ne sera plus recevable après une année écoulée depuis le jour où cette promesse de mariage aurait dû recevoir exécution ». Cet article contient deux importantes dispositions : celle qui prohibe la preuve testimoniale dans le but d'éviter des procès scandaleux et inutiles ; celle qui limite le délai de l'action à une année (cpr : Huc. Le code civil Italien et le code Napoléon, p. 39.).

185. — Nous ne parlerons pas de la nécessité du consentement des parties; c'est là une loi que l'on rencontre chez tous les peuples. En général, même les aliénés interdits peuvent contracter mariage dans leurs intervalles lucides; la Bolivie et quelques cantons Suisses se sont seuls écartés de cette règle et ont préféré, comme la Prusse, défendre le mariage d'une manière absolue aux aliénés (1). Mais en Suisse, pour s'assurer de la sincérité du consentement des faibles d'esprit qui contractent mariage, la loi a pris des dispositions fort sages : elle décide que les imbéciles, les aveugles-nés, les sourds ou muets de naissance, ne peuvent se marier sans l'examen préalable

(1) Telle est aussi la disposition de l'art. 61 du nouveau code Italien : il déclare les interdits pour cause de démence incapables de contracter mariage.

et le consentement du tribunal matrimonial (Canton de Bâle, Ord. du 1er août 1837, art. 10. — Canton de Berne, code, art. 31.).

186. — L'erreur sur la personne est dans tous les pays une cause de nullité ; l'erreur sur une qualité, même essentielle, ne suffit pas. La Prusse est le seul pays où la loi autorise la demande en nullité du mariage pour une erreur quelconque sans l'existence de laquelle le contrat n'aurait pas lieu. Dans les autres Etats, la loi ne pose pas ce principe général ; mais souvent elle énumère limitativement un certain nombre d'erreurs sur les qualités de la personne et qui autorisent la demande en nullité ou le divorce ; ainsi, l'existence de la folie, d'une maladie contagieuse, d'une grossesse antérieure au mariage et des œuvres d'un tiers, la condamnation à une peine infamante, produisent ordinairement cet effet. Le nouveau code civil Italien a reproduit textuellement la règle du code Napoléon : il parle seulement d'erreur dans la personne (nella persona). Cette disposition ne nous paraît pas heureuse et, d'un autre côté, elle sera certainement l'occasion de difficultés semblables à celles qu'a soulevées l'interprétation du code Napoléon.

La loi Serbe, rédigée à Belgrade en 1844, admet une cause de nullité qui caractérise bien l'état encore primitif de ce pays : elle autorise à demander la nullité du mariage que l'on a contracté avec un possédé du démon (art. 69 du code du 11 mars

1844.). C'est aussi dans ce pays, où les enlèvements sont fréquents et occasionnent même de véritables luttes de village à village, que l'on rencontre encore aujourd'hui des peines très-sévères contre le rapt (cpr art. 76 et suiv. du code Serbe.).

Du reste, la violence est partout une cause de nullité de mariage. — Il en est de même de l'impuissance : dans tous les pays elle est considérée comme une cause de nullité de mariage, et notamment en Angleterre, en Pologne, en Russie, en Suède, en Suisse, etc., etc. Le nouveau code civil Italien (art. 107) déclare aussi que l'impuissance peut être proposée comme cause de nullité, pourvu qu'elle soit manifeste, permanente, antérieure au mariage. Mais le législateur Italien ne l'envisage plus comme une cause de nullité *sui generis* : c'est un cas d'erreur dans la personne, comme cela résulte bien de l'esprit de cette loi et de la place qu'occupe l'art. 107 à côté des dispositions consacrées à l'erreur ; le législateur Italien a voulu empêcher la controverse qui existe chez nous de se produire. Mais de ce que l'impuissance est une véritable erreur, il suit qu'elle doit avoir été ignorée au moment du mariage par l'époux demandeur en nullité (Huc. *Loc. cit.*, p. 47.). Le code Napoléon, en gardant le silence sur ce point, offre un contraste frappant avec les autres législations.

187. — Au contraire, l'action en nullité pour cause de violence ou d'erreur, présente partout les

caractères que nous lui trouvons dans notre code : elle est personnelle à la victime de l'erreur ou de la violence et s'éteint par un délai toujours fort court ; sa durée est ordinairement de quelques mois ou même de quelques semaines.

caractères que nous lui trouvons dans cette [illegible]
elle est persistante à la volonté de l'[illegible]
évidence et s'[illegible] déjà [illegible]
se réduire est ordinairement de quelques [illegible]
même de quelques secondes [illegible]

[illegible]

CONCLUSION.

188. Objet de cette conclusion. — 189. Faut-il rétablir le divorce? — 190. Faut-il autoriser les aliénés interdits à contracter mariage? — 191. Ne faudrait-il pas protéger les faibles d'esprit, les sourds-muets, par des dispositions spéciales qui garantiraient la liberté et la sincérité de leur consentement? — 192. L'erreur sur certaines qualités de la personne ne devrait-elle pas constituer une cause de nullité? — 193. Faut-il admettre l'impuissance comme cause de nullité du mariage? — 194. Devrait-on aussi autoriser l'annulation du mariage pour refus de célébration à l'Eglise? — 195. Résumé.

188. — Après avoir étudié le consentement au mariage dans le droit romain, dans le droit canonique, dans notre ancien droit français, dans le code Napoléon, après avoir rapproché sommairement de notre loi les principales législations étrangères, nous devons résoudre encore une question qui se présente naturellement à l'esprit et comme conclusion de ce travail.

Le système du code Napoléon est-il en tous points conforme aux principes de la raison et de la loi naturelle? Ne pourrait-on pas y introduire certains perfectionnements?

Il n'est pas douteux pour nous que les dispositions

du code Napoléon sont insuffisantes; ce n'est pas dans trois articles, tous trois obscurs et mal rédigés, que l'on peut traiter une question aussi importante; et le législateur français pourrait tirer un utile profit et un grand enseignement s'il consultait les législations étrangères, tout en tenant compte aussi, et avant tout, de l'opinion publique.

189. — Nous ne soulèverons pas ici la grave question du divorce, laquelle est d'ailleurs étrangère à notre sujet; lors même qu'il serait vrai de dire que le divorce est une conséquence naturelle du principe qui fait du mariage un contrat purement civil, comme semblent le reconnaître la plupart des législations des pays où le mariage présente ce caractère, nous déciderions, cependant, que le législateur de 1816 a sagement agi en faisant disparaître de notre code cette institution contraire à nos mœurs, source de nombreux scandales, cause de dissolution de la famille.

Mais il y a plus : la nature juridique du mariage, contrat civil, s'oppose à ce qu'il puisse se dissoudre autrement que par la mort. Le mariage est en tout semblable à un *actus legitimus* du droit romain; il n'admet ni terme, ni condition. La loi veut un consentement pur et simple : il ne serait pas possible de le soumettre à une condition résolutoire expresse; et dès-lors, il faut bien admettre aussi qu'il ne peut se former sous une condition résolutoire tacite, car si dans les contrats ordinaires on sous-entend une

condition résolutoire tacite (1184. c. n.), c'est qu'on suppose que cette condition pourrait être expresse. Or, l'action en divorce ne constituerait en réalité qu'une action en résolution du contrat, fondée sur l'accomplissement d'une condition résolutoire tacite.

Aussi le législateur Italien a-t-il sagement agi en repoussant le divorce comme mode de dissolution du mariage civil (cpr Huc. *Loc. cit.*, p. 62 à 69) ; et la suppression du divorce dans le code Napoléon est conforme à la fois aux règles de la morale et au caractère juridique du mariage.

Mais aussi, par cela même que le mariage lie d'une manière irrévocable, il faut poser des principes qui garantissent la liberté et la pureté du consentement.

190. — Or, c'est à l'égard du consentement des parties et surtout de l'erreur que notre loi présente de fâcheuses lacunes. Il faudrait, d'une part, dans une disposition formelle, et afin de mettre un terme à toutes les controverses, autoriser les interdits pour cause de démence, à contracter mariage pendant les intervalles lucides. Quelques dangereuses que puissent paraître de semblables unions pour les enfants à naître du mariage, et pour l'aliéné lui-même, on ne saurait pourtant, nous l'avons déjà dit, frapper d'une peine un malheureux fou en lui défendant le mariage. La loi ne considère pas d'ailleurs le mariage comme la médecine : elle ne voit pas seulement l'union des corps, mais aussi la source de consolations nombreuses.

Mais, tout en autorisant le mariage de l'aliéné, la loi devrait garantir ses intérêts en exigeant le consentement de son tuteur et surtout de ses ascendants ou du conseil de famille ; il ne faudrait pas abandonner l'aliéné, car les manœuvres frauduleuses sont aussi faciles contre lui que contre un mineur.

191. — Ne serait-il pas sage d'établir les mêmes garanties lorsqu'un individu pourvu d'un conseil judiciaire veut se marier ? Il ne peut emprunter, plaider, transiger, sans l'assistance de ce conseil, et la loi l'autorise à contracter seul un mariage, le contrat le plus grave de la vie ! Dans ce cas encore, il faudrait exiger le consentement des ascendants ou du conseil de famille, car le pourvu d'un conseil judiciaire est toujours ou un faible d'esprit ou un prodigue; dans l'un et l'autre cas, l'assistance de parents produirait nécessairement un effet salutaire : le faible d'esprit et le prodigue peuvent être plus que tous autres, victimes du dol ou de la fraude.

Ne faudrait-il pas entourer le sourd-muet de la même protection? Ici encore la loi présente une étrange anomalie : dans l'art. 936, elle exige que l'on nomme un curateur au sourd-muet pour l'acceptation de la donation qui lui est faite, lorsque ce sourd ne sait pas écrire ; et quand il s'agit de sa personne même, du bonheur de toute sa vie, elle l'abandonne à sa faiblesse.

Il serait à désirer que le législateur français s'ins-

pirât de l'esprit des lois de certains cantons de la Suisse et du Wurtemberg qui ne permettent pas aux imbéciles, aux sourds-muets, aux aveugles, de contracter mariage sans le consentement du tribunal matrimonial. Loin de moi l'intention de proposer, comme on l'a fait pourtant (1), l'établissement d'un tribunal matrimonial pour juger les procès concernant le mariage : nos mœurs françaises jetteraient certainement le ridicule sur une pareille institution ; et notre magistrature ordinaire est assez éclairée pour juger ces procès aussi bien que les autres.

Mais il suffirait de placer les aliénés, les faibles d'esprit, les sourds-muets, dans la même position que les mineurs ; et si l'on trouvait un grave inconvénient à les mettre tout à fait sur la même ligne, on pourrait, tout en exigeant le consentement des ascendants ou du conseil de famille, ajouter qu'en cas de refus injuste, les tribunaux ordinaires auraient le droit d'autoriser la célébration du mariage.

192. — Sous un autre rapport encore, le code paraît susceptible de modifications : je veux parler des règles relatives à l'erreur. On a vu que les auteurs et la jurisprudence n'ont jamais pu se mettre d'accord sur ce point. La faute en est moins à la doctrine et aux tribunaux qu'au code lui-même qui, dans son texte, présente la plus grande obscu-

(1) Cpr : Loi nouvelle du mariage, projet rédigé en 1847 par Réné Eugène. Paris 1862. Broch.

rité : les travaux préparatoires, loin de la dissiper, rendent la question encore plus difficile.

Que l'erreur sur la personne physique ou morale soit une cause de nullité, cela ne saurait soulever aucun doute; mais il y aurait lieu d'examiner s'il ne faudrait pas faire produire le même effet à d'autres erreurs. Devrait-on décider que toute erreur essentielle, même sur une simple qualité, et sans laquelle le mariage n'aurait pas été contracté, suffirait pour autoriser une demande en annulation? Cette règle, admise par la législation Prussienne, présente l'inconvénient grave d'abandonner les affaires de cette nature à la simple appréciation et à l'arbitraire des tribunaux. Il vaudrait mieux poser un principe contraire; l'admission de l'erreur sur les qualités, comme cause de nullité donnerait lieu à des interprétations dangereuses qui pourraient troubler profondément la sécurité des familles; d'ailleurs, la société tout entière est intéressée à la fixité des mariages. Mais, pour éviter les conséquences fâcheuses de cette rigueur, à côté du principe, il conviendrait de placer un certain nombre d'exceptions limitativement déterminées par la loi. Ainsi, le mariage devrait être annulé quand l'un des conjoints aurait laissé ignorer à l'autre l'un des faits suivants : — la condamnation à une peine afflictive et infamante. La loi actuelle est insuffisante : elle n'offre à la jeune fille indignement trompée que le remède de la séparation de corps ; on l'oblige ainsi à vivre dans un

célibat forcé ou à cohabiter pendant toute sa vie avec un forçat libéré ; mais dans l'un et l'autre cas, elle porte ce nom flétri par la justice et elle reçoit dans sa famille celui qu'elle a épousé. La loi qui autoriserait la nullité du mariage en pareil cas, ne saurait être considérée comme injuste, même du côté du condamné qui n'a pas obtenu sa réhabilitation : elle ne le frapperait pas, en effet, d'une incapacité ; elle l'obligerait seulement à déclarer, avant son mariage, la condamnation prononcée contre lui. Or, comme le dit M. Labbé dans un article déjà cité, « rien n'est plus simple, rien n'est plus obligatoire moralement que ce devoir. N'est-ce pas un frein salutaire aux manœuvres que peuvent employer des hommes dégradés par la justice pour s'introduire dans d'honorables familles ? »

On se souvient avec quelle anxiété tout le monde suivit dans les journaux l'affaire où fut soulevée cette question du mariage d'un forçat en 1860, 1861 et 1862. La cour de Paris n'admit pas la nullité (4 février 1860.) ; la Cour de Cassation décida le contraire par arrêt du 11 février 1861. Cette sentence, rendue après un délibéré de plusieurs jours, était attendue avec une véritable impatience et elle fut accueillie avec une sorte de satisfaction générale. Lorsqu'enfin, après le renvoi de l'affaire à la Cour d'Orléans, la Cour suprême, toutes Chambres réunies, changea subitement de jurisprudence, cet arrêt définitif (24 avril 1862) fit naître d'unanimes

regrets ; on se demande encore aujourd'hui si la Cour de Cassation a prononcé son dernier mot sur cette grave question.

Nous avons dit que, dans notre opinion, la Cour suprême avait parfaitement jugé ; aussi c'est à la loi et non à la jurisprudence qu'il faut demander des changements.

L'existence de l'un des faits suivants, ignorée de l'autre époux, devrait encore donner lieu à la nullité du mariage : la qualité de prêtre ou de moine, la folie, l'épilepsie, certaines maladies contagieuses et incurables. Que l'on songe à la position affreuse dans laquelle la loi actuelle place l'époux d'un individu infecté d'un pareil vice : la femme d'un prêtre est obligée de vivre, d'après sa conscience, dans un état perpétuel de violation de la loi divine ; l'épouse d'un aliéné ou d'un épileptique, doit toujours craindre pour sa propre existence ; elle assiste souvent aux scènes les plus tristes (1). — N'est-il pas, d'un autre côté, de l'intérêt même de la société de rendre ces unions fort rares? L'épilepsie et la folie sont héréditaires, et lorsque les enfants ne sont pas atteints de la maladie de leurs parents, ceux-ci leur transmettent le germe d'autres infirmités (cpr : Legrand du Saulle. La folie devant les tribunaux, p. 384. — Calmiel. De la folie considérée sous le point de vue

(1) Voyez un tableau saisissant dans l'ouvrage de M. Legrand du Saulle. La folie devant les tribunaux, p. 380.

pathologique, philosophique, historique et judiciaire II, p. 830.).

Une loi qui permettrait aux aliénés, même interdits, de se marier, tout en admettant que l'erreur en pareil cas autoriserait l'action en nullité, répondrait à tous les intérêts : s'il ne faut pas augmenter leur malheur en les déclarant incapables de contracter mariage, il ne doit pas non plus leur être permis de tromper les familles dans lesquelles ils s'introduisent.

193. — N'en devrait-il pas être de même pour le cas d'impuissance? La question nous paraît fort grave. Que dans l'état actuel de la législation, l'impuissance ne soit pas une cause de nullité, c'est l'opinion la plus sérieuse ; mais il faut bien reconnaître pourtant que cette question n'a pas été examinée, ni même soulevée, lors des travaux préparatoires sur le titre du mariage. Une pareille cause de nullité présenterait certainement de graves dangers : nous avons fait valoir toutes les raisons que l'on invoque contre l'impuissance. Cependant un fait nous frappe : c'est que le système suivant lequel il ne faut pas s'occuper de l'impuissance est unanimement repoussé par toutes les législations modernes, même par le nouveau code civil Italien. Il existe donc aussi de graves raisons pour attribuer à l'impuissance le caractère d'une nullité : elle produit une erreur essentielle, substantielle, sans laquelle, en fait, le mariage n'aurait pas été contracté.

194. — Devrait-on autoriser aussi l'annulation du mariage pour refus de célébration à l'Eglise? Il vient de se produire sur ce point une intéressante discussion entre deux savants professeurs. D'après l'opinion de M. Batbie, « la liberté de conscience demande aussi que si un époux civilement marié ne veut pas, au mépris d'une promesse formelle ou tacite, ajouter la célébration religieuse à la célébration civile, il ne puisse pas contraindre à la cohabitation l'autre futur époux, qui voit un concubinage dans toute relation sexuelle non consacrée par la religion ». Le savant auteur conclut en disant : « Je voudrais donc que devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non ; si non, le mariage civil serait définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse ». (Batbie. Révision du code Napoléon (1). Revue critique, année 1866, p. 131.). Mais M. Huc a nettement démontré tous les inconvénients d'un semblable système. Le mariage ne serait plus un contrat civil, mais un contrat civil et religieux; l'un ne se formerait plus sans l'autre; de là des conséquences vraiment inadmissibles : les parties déclareraient le plus souvent qu'elles ont l'intention de

(1) Ce travail de M. Batbie vient de donner lieu à une remarquable réponse de M. Duverger; cette réponse n'est toutefois pas encore terminée (Observations sur le mémoire de M. Batbie, intitulé : *Révision du code Napoléon*, par M. Duverger, professeur à la faculté de droit de Paris. Revue critique, année 1866, t. 28, p. 308 et surtout p. 315.).

faire célébrer leur union à l'Eglise et le contrat civil deviendrait en réalité un préliminaire du mariage, de simples fiançailles, mais ne constituerait plus le mariage lui-même; la preuve des mariages ne résulterait pas seulement des actes de l'état civil, mais encore des registres des paroisses ; la validité du mariage civil dépendant de la validité de l'union religieuse, il faudrait remettre en vigueur toutes les règles du droit canonique (1); les causes de nullité de l'Eglise seraient aussi des causes de nullité du droit civil, comme par exemple, la différence de religion; mais, d'un autre côté, comme tous les mariages ne seraient pas célébrés à l'Eglise (ainsi ceux des protestants, des israélites, des catholiques qui se contenteraient de l'union civile), il résulterait de là que les causes de nullité ne seraient pas les mêmes pour tous et que la loi changerait selon les croyances religieuses. Mieux vaudrait exclure le mariage de nos lois civiles et lui rendre le caractère qu'il présentait dans notre ancien droit. Enfin, les principes mêmes du mariage s'opposent à la célébration d'un mariage

(1) M. Huc ajoute que « l'application de ces règles ne pouvant être faite par des juges laïques, il faudrait reconstituer purement et simplement la juridiction ecclésiastique ». (Le code civil Italien, p. 40, note 2.). C'est aller trop loin : dans un certain nombre de cas nos tribunaux civils appliquent les principes du droit canonique, par exemple, pour les questions de validité de mariages célébrés entre étrangers encore soumis à cette législation ou célébrés entre Français avant la révolution. Il suffit de citer deux exemples récents : Bastia, 2 février 1857. S. 57. 2. 129. Req. rej. 3 août 1865. S. 65. 1. 420.

conditionnel ; nous l'avons déjà dit, et l'on ne saurait trop répéter cette règle que l'on oublie si souvent, le mariage est un contrat pur et simple ; comme *l'actus legitimus* à Rome, il n'admet ni terme, ni condition.

Est-ce à dire que la loi doit ne tenir aucun compte des convictions religieuses et contraindre, par exemple, une femme à vivre, d'après ses croyances religieuses, dans un état perpétuel de concubinage ? Evidemment non ! et sous ce rapport encore, le code Napoléon, froisse singulièrement nos mœurs. On comprend fort bien qu'au moment de la rédaction du code Napoléon, sous l'influence de réactions violentes, et encore nouvelles, en haine du clergé et des anciennes institutions, on ait déclaré que la loi civile ne s'occupe pas de la loi religieuse. Mais les temps ont changé : les principes de la société moderne sont maintenant assis sur des bases inébranlables, et si l'on veut accomplir un nouveau progrès, il faut songer à le mettre en rapport avec les mœurs et les croyances qui se sont dégagées de la révolution. Dans une époque de transformation, il faut qu'un législateur soit rigoureux et établisse ses principes nouveaux avec force, au risque d'occasionner quelques froissements ; la transformation opérée, il peut s'adoucir.

Il nous semble qu'il existe un moyen de donner satisfaction aux croyances religieuses, sans pourtant retirer au mariage son caractère de contrat : civil d'abord, on pourrait dire que le refus de célébration à l'Eglise constituera une erreur autorisant une de-

mande en nullité de mariage. Mais il est un système beaucoup plus simple et qui permet de ne pas reconnaître à cette erreur ce caractère : il consiste à autoriser l'union religieuse aussi bien avant qu'après le mariage civil ; on ferait ainsi disparaître les dispositions des art. 199 et 200 du code pénal, et, en réalité, la loi civile s'occuperait encore moins de l'union religieuse qu'elle ne le fait sous l'empire de la loi actuelle. C'est ce dernier système qui vient d'être adopté par le nouveau code civil Italien, et sous ce rapport, il a accompli un véritable progrès (1).

195. — En résumé, il faut donc reconnaître l'imperfection du code dans cette matière du consentement au mariage ; depuis l'époque de sa confection, notre loi civile a subi l'épreuve de plus de soixante années ; depuis la révolution , les idées, les mœurs, les habitudes ont changé à certains égards, se sont affermies sous d'autres rapports ; en un mot, le temps a marché et il serait nécessaire de tirer profit, comme nous l'avons dit en commençant, des enseignements que nous fournissent la pratique de nos tribunaux , l'étude comparative des législations étrangères et les manifestations de l'opinion publique.

(1) Voyez cependant les observations de M. Huc. *Loc. cit.*, p. 41.

mariage en nullité de mariage. Mais il est un système beaucoup plus simple et qui permet de ne pas reconnaître à cette erreur ce caractère : il consiste à autoriser l'union religieuse aussi bien avant qu'après le mariage civil, en faisant ainsi disparaître les dispositions des art. 199 à 200 du code pénal : et, en réalité, la loi civile s'occupera encore moins de l'union religieuse qu'elle ne le fait sous l'empire de la loi actuelle. C'est ce dernier système qui vient d'être adopté par le nouveau code civil italien, et sous ce rapport, il a accompli un véritable progrès (1).

495. — En résumé, il faut donc reconnaître l'imperfection du code dans cette matière du consentement au mariage; depuis l'époque de sa confection, notre loi civile a subi l'épreuve de plus de soixante années : depuis la révolution, les idées, les mœurs, les habitudes ont changé à certains égards, se sont affermies sous d'autres rapports; en un mot, le temps a marché et il serait nécessaire de tirer profit, comme nous l'avons dit en commençant, des enseignements que nous fournissent la pratique de nos tribunaux, l'étude comparative des législations étrangères et les manifestations de l'opinion publique.

TABLE DES MATIÈRES.



PREMIÈRE PARTIE.

LÉGISLATIONS ANCIENNES.

I. DROIT ROMAIN.

II. DROIT CANONIQUE.

III. ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

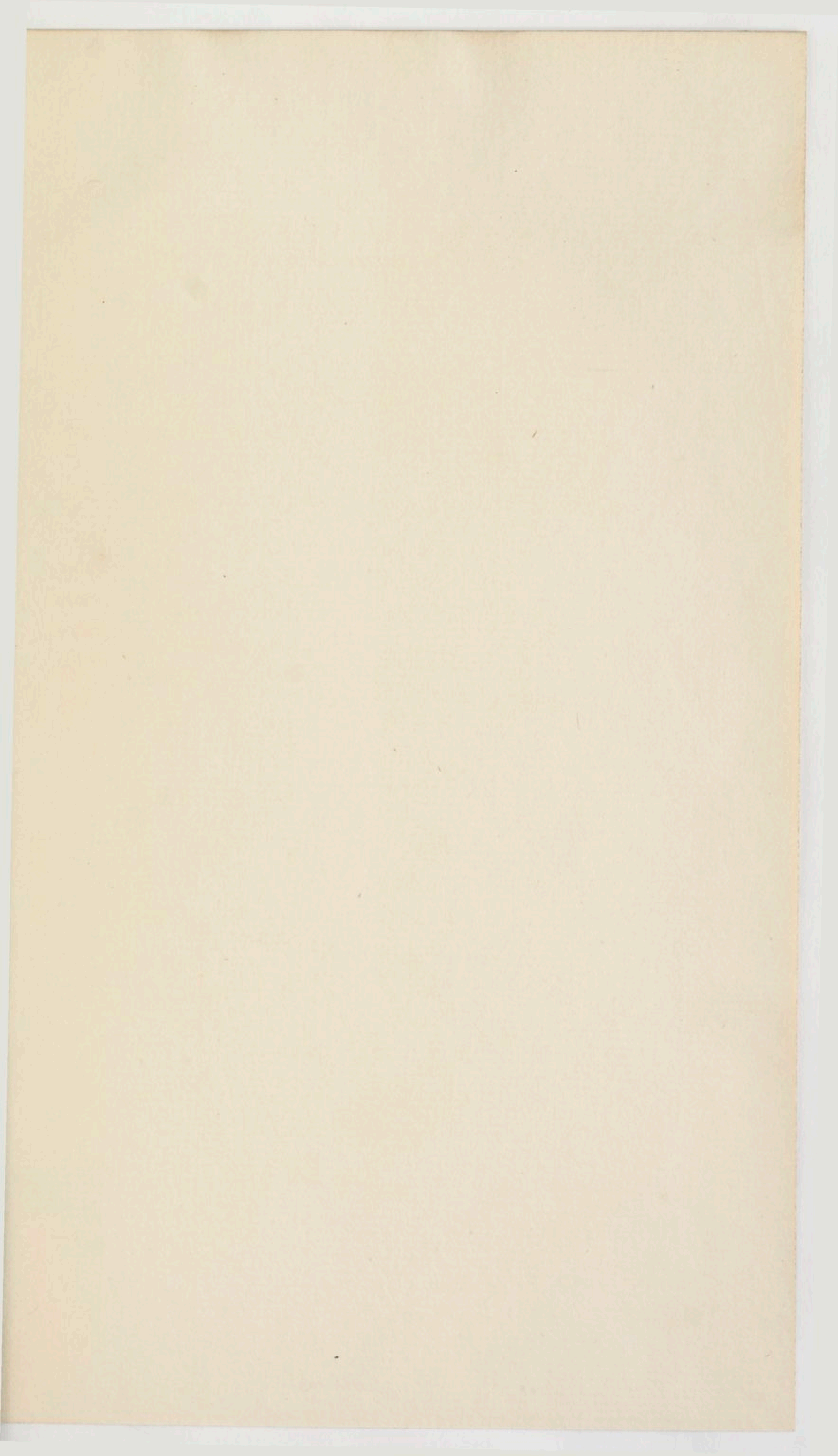
SÉCONDE PARTIE.

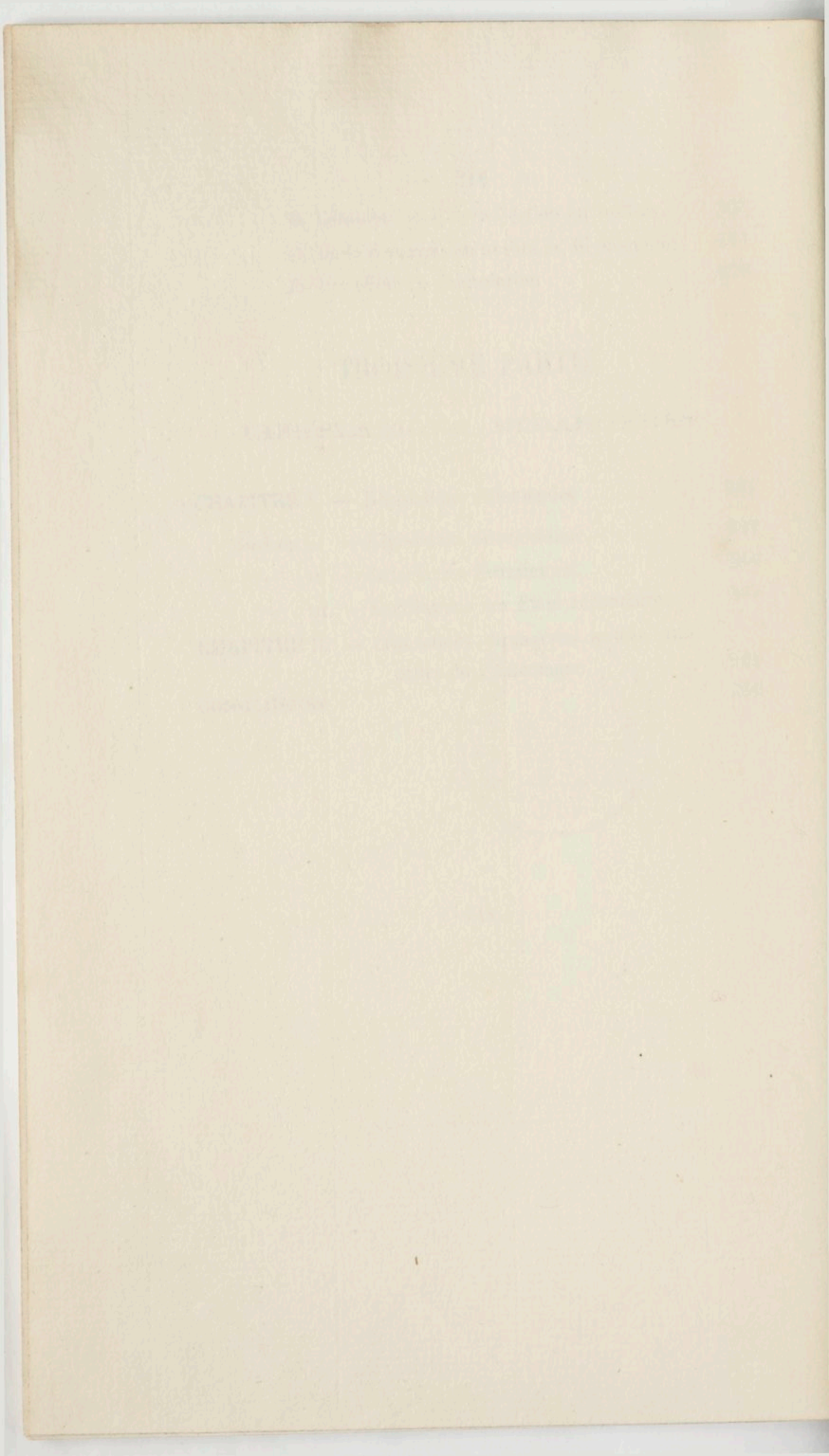
CODE NAPOLÉON.

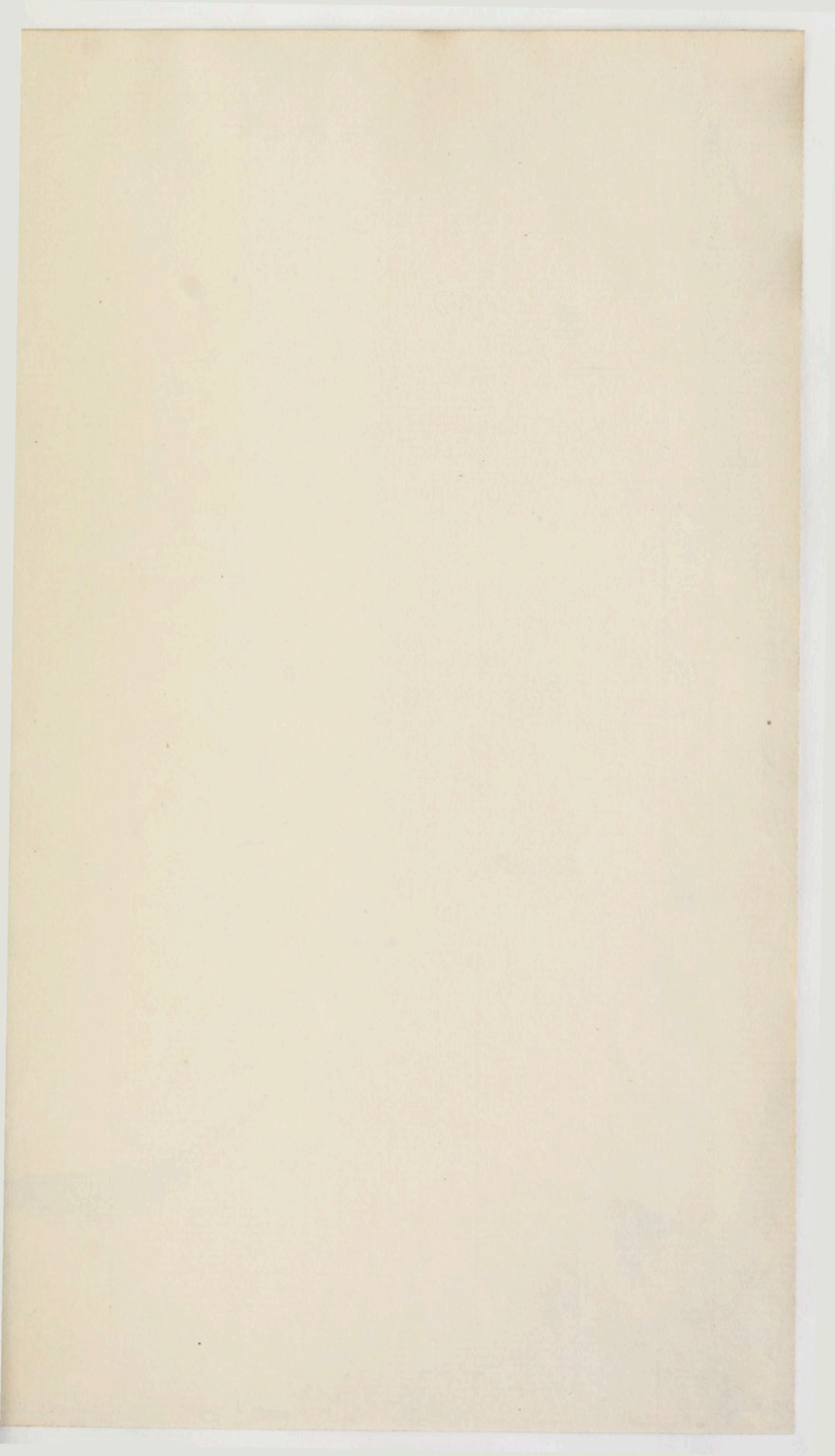
TROISIÈME PARTIE.

LÉGISLATIONS ETRANGÈRES.

FIN.

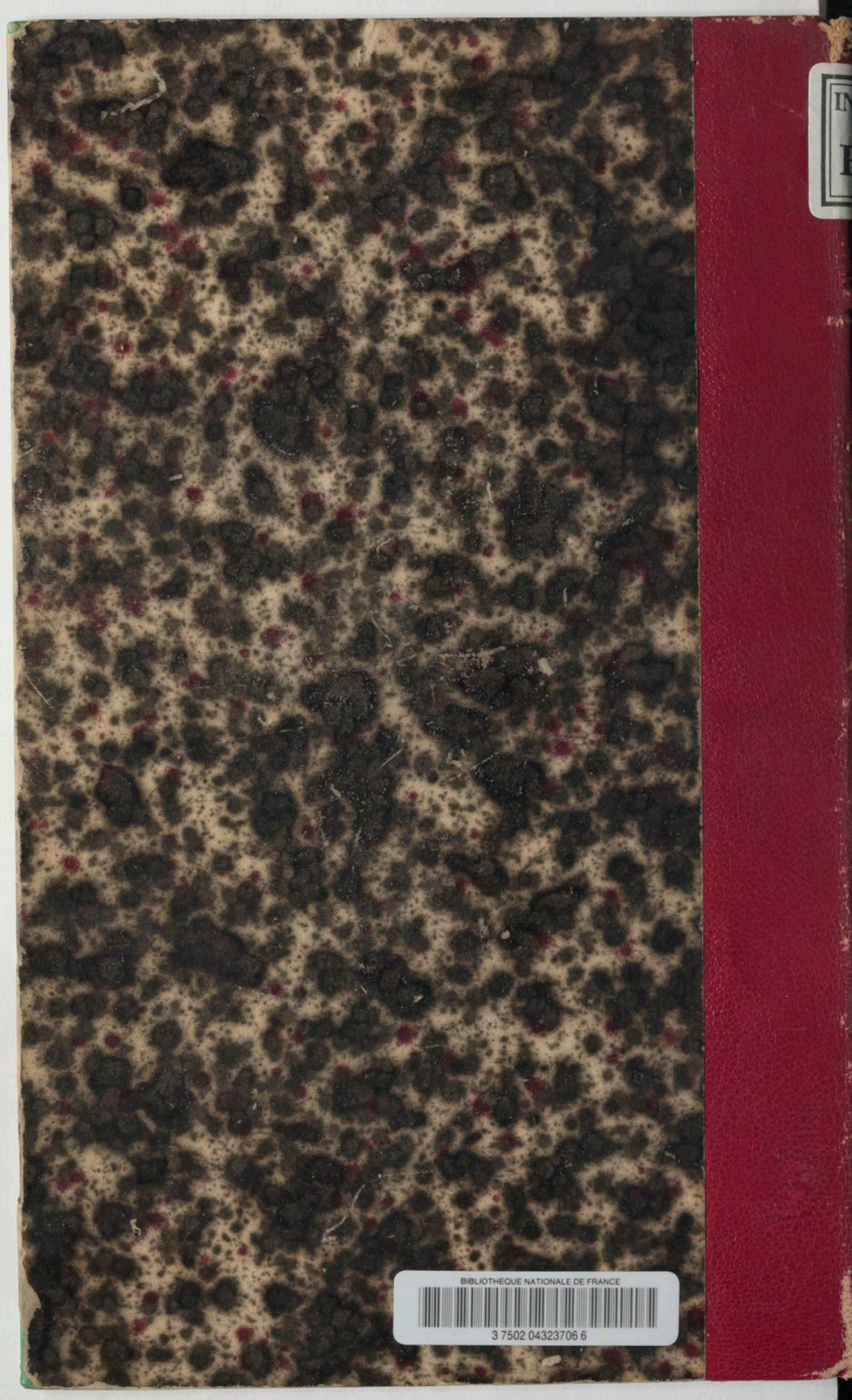











BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 04323706 6